# HUGONIS DONELLI

## OPERA OMNIA

---

TOMUS QUINTUS.

# HUGONIS

# DONELLI

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS

## OPERA OMNIA.

## COMMENTARIORUM DE JURE CIVILI

TOMUS QUINTUS

CUM NOTIS

OSUALDI HILLIGERI

ACCEDUNT SUMMARIA ET CASTIGATIONES THEOLOGICÆ.





FLORENTIÆ
AD SIGNUM CLIUS
MDCCCXLIV.

# HUGONIS DONELLI
## JURISCONSULTI
# COMMENTARIORUM DE JURE CIVILI

## LIBER DECIMUS OCTAVUS

### CAP. I.

*Cur hic de assessoribus, advocatis et procuratoribus juncta tractatio, et de his quidem solis.* I.

I. Hactenus de personis ad judicii constitutionem pertinentibus et necessariis, judice, actore, et reo. Quam tractationem primo loco inter quatuor illas judicii partes, quæ superiore volumine indicatæ sunt, collocavimus. Nunc tempus esset, ut ad alias partes explicandas aggrederemur, nisi quarundam personarum, quæ in judiciis non minus fere, quam illæ tres superiores, versari solent, aspectus nos retardaret, juberetque amplius in prima hac judicii parte consistere. Assessores intelligo, et advocatos, et procuratores. Ex quibus primi illi judicibus, reliqui litigatoribus operam atque auxilium præstant. Non pertinent illi quidem necessario ad judicii constitutionem, tanquam partes, sed (1) adjuvant tamen judicium non mediocriter. Itaque moribus omnium fere populorum sic comparatum est, usu exigente, ut sine illis nunquam, raro certe controversiæ in jure disceptentur ac distrahantur. Quare pertinet omnino ad hunc locum de illarum quoque personarum disputare cum instituto, tum munere. Itaque factum est in iis libris diligenter et copiose, ex quibus hanc juris scientiam haurimus. Dicet aliquis non has solum personas in judiciis operam navare, sed alias etiam multo plures, de quibus tamen mentionem nullam faciamus: veluti, actuarios, notarios, viatores, alios tales, etiam olim adcensos atque præcones. Sed nemo non videt, ut horum (2) usus in judiciis aliquis sit, addo etiam magnus, etiam necessarius:

(1) Quæ illis ut appendices accedant, P. Greg. 47. *Synt.* 3. *n.* 3. accessoriæ, ut *supra Lib.* 17. *C.* 4. *N.* 1. σανεργαι et administrantes, Wes. *ad tit. C. de judic. n.* 3. *et n.* 13.

(2) Nec nimis tamen exiguus. Et quidem hi utrisque judici et litigantibus operam præstant, seu utrorumque gratia in judicio versantur De quorum usu veteri et hodierno consuli possunt Sigon. *Lib.* 2. *de Antiquo Jure civ. Rom. C.* 15. P. Greg. 47. *Synt.* 40. *et* 2. *seqq.* Phil. Broidæ. *in Supplem. Hist. fori* Poll. *Lib.* 5. *Cap.* 12. *et seq.* Rosb. *Process. Tit.* 9. De tabellionibus vel notariis, eorum officio etc. qui creari possint etc. Covarr. *Pract. QQ. C.* 19. Cujac. *in Nov.* 44. P. Greg. 47. *Synt.* 42. Matth. Steph. *Lib.* 2. *de Jurisd. P.* 2. *C.* 5. Monach. *Pract. judic. P.* 6. *C.* 8. *n.* 40. *et seqq.* fuse Horat. Carpan. *ad Stat. Mediol. Vol.* 1. *C.* 343. *et plurib. seqq.* Vocant hos judices chartularios, qui jurisdictionem habeant in volentes, Gat-: Sarayna. *in annot. ad Singul. Mathesilani* 1. Rebuff. aliis relatis *Tr. de Litt. oblig. in Præfat. n.* 15. Confer. Magon. *Cynos. advoc. Cap.* 3. Olim vero notarius dictus, ut Prudent. *de Cassiano martyre*

*Verba notis brevibus comprehendere cuncta*
*peritus,*
*Raptimque punctis dicta præpetibus sequi,*
*Fictis notare verba signis imbuens. . . .*

De quo et de notis ac signis, (literas illiteratissimas vocat Plin. *Lib.* 1. *Epist.*) Ræv. *Protrib. C.* 9. Briss. 4. *Antiq.* 31. Broidæ 4. *Misc.* 9. Walth. 2. *Misc.* 12. Ant. Guibert. *Polyhist. Cap.* 6. Val. Guil. Forst. 1. *Obs. Succis.* 25. Rud. Forner. 3. *Rer. Quotid.* 2. et 3. Joach. Steph. 3. *de Jurisd.* 11. *n.* 33. *et seq.* Judex quando Notarium adhibere necesse non habeat, sed ipse ejus vice fungi possit, vid. Georg. de Cabedo *P.* 1. *Decis.* 60. Trentac. 2. *pract. Resol. Tit. de Judic. Resol.* 1.

ad judicium tamen non ita pertinere, ut judicium ex iis quoque constare, et quasi coagmentari, dicendum sit. Cum nec assessores quidem, vel advocatos et procuratores in hunc numerum adscribamus personarum ad judicium necessario pertinentium, quanvis et assessores portio quædam judicum esse dicantur, et judicandi socii atque participes, et advocati procuratoresque litigatorum caussas ita suscipiant, ut fere induant personas. Illi autem, quos paulo ante nominavi, nullo modo. Quod si quæ sunt de illis in jure nostro scripta atque sancita, quæ ignorari non debeant, ea a nobis non omittentur: modo sciamus non pertinere eas personas ad judicii constitutionem ullo modo, atque ad hunc locum. Igitur de assessoribus nunc dicamus, et quidem primo loco, ea ratione, quod de judicibus proxima tractatio fuit.

## CAP. II.

### De (1) Assessoribus. De eorum personis, de officio, de præmiis ac pœnis.

*Assessor et consiliarius non raro usurpantur promiscue. A consiliario quomodo differat; itemque a quæstore.* I. XXII.

*Assessores a Justiniano negati judicibus ab alio datis, quam a Principe et quare. Iisdem antea permissi.* II.

*Magistratus soli sapientes et legum periti delecti apud Hebræos et Persas. Tales Alexandro Imp. maxime probati.* III.

*Opera assessoris in magistratu et in principe non improbanda.* IV.

*Assessores debent esse juris et morum periti. Quot hi nominibus appellentur.* V.

- *Item honesta fama: an libertini.* VI.
- *Item non ibi, sed ex alia provincia nati; et quare.* VII.
- *Postremæ hujus definitionis exceptio quadruplex. Singulæ exponuntur.* VIII. IX. X. XI.

*Uni dumtaxat magistratui assessores præsto esse debere.* XII.

- *Et hos in una provincia semel; et in hanc duci a prætore oportere.* XIII. XIV.

*Assessorum munus est judicem instruere, non vero judicare. Quid ex hodiernis moribus.* XV.

- *Consistit illud* 1. *in* cognitionibus. *Quale hoc ex* Novella 60. XVI.
- 2. *In* postulationibus. *Quomodo hæ a cognitionibus differant.* XVII.
- 3. *In* libellis. *His a privato oblatis debet per se subscribere magistratus. Quid in appellatione.* XVIII.
- 4. *In* edictis. 5. *In* decretis. *Utraque quid sint.* XIX.
- 6. *In* epistolis. *Hæ ad Principem mittebantur, vel magistratum: ad utrumque quatenus.* XX.

*In Epistolis Principum similes assessoribus quæstores. Quod istorum munus.* XXI.

*Qui veterum de officio assessoris scripserint.* XXIII.

*Quot et quæ assessorum præmia. Singula breviter exposita. Conciliatio.* L. Divus 4. D. de extr. cogn. *cum* L. 1. §. proinde, et §. sed et is eod. tit. XXIV. XXV. XXVI. XXVII. XXVIII. XXIX.

*Diserta Expositio* L. diem functo 4. D. de off. assessor. XXX.

*Assessoris imprudentia non tenetur ex edicto* L. 2. D. quod quisq. jur. *Contra sentientes refelluntur.* XXXI.

- *Sed tamen magistratus aut judex culpa imperitiaque assessorum, et sua tenetur in factum.* XXXII. XXXIV.
- *Secus si ille assessores delegerit publice probatos.* XXXIII.

*Magistratus ubi tenetur edicto* quod quisq. jur. *officio deposito convenitur; et quomodo.* XXXV.

- *Item ubi injuste aliquid decrevit seu judicavit, cum ipse tum assessor ibidem se defendere debet.* XXXVI.

*Quomodo assessor de injusto magistratus judicio se purgare valeat.* XXXVII.

*Aliæ assessorum pœnæ ex iis legibus in quas iidem peccarunt, investigandæ.* XXXVIII.

*De pœna* L. quoniam judices C. de appel. *An ejus moderatio ex* Novel. 126. Cap. 3. *pertineat ad assessores.* XXXIX.

*De pœna* auth. ad hæc C. de judic. *seu verius* Novellæ 60. Cap. 2. XL.

I. Assessor est, qui consilium alteri præstat: proprie ac stricte, qui magistratui et jus dicenti præstat. Priore illa significatione consiliarius omnis idem et assessor recte di-

(1) Caput hoc se totum restituisse profitetur Scip. Gentil. *in Ep. dedic. ad Adrian.*

cetur, et rursum assessor omnis consiliarius. Quare Baldus in *L. nemini*, *C. de advoc. diversor. jud.* qui non potest esse assessor, eum nec consiliarium esse posse. Atque ita horum vocabulorum promiscuus est usus apud jurisconsultos aliosque authores. Hinc etiam (2) assessus pro consilio in illo versu Propertii:

*Turpior assessu non erit illa meo;*

ut Planciades Fulgentius observavit. Et Ulpianus in *L. metum*, *§. sed quod prætor*, *D. quod met. caus.* Prætorem me assidente interlocutum esse, idest, me consulente et suggerente: Sed ut dixi, proprie assessor est, qui assidet in judiciis, jusque subministrat magistratibus ac judicibus.

II. Hodie judices, qui magistratus non sunt, idest, judices dati assessores habere non possunt, sed ipsi legum ac morum periti esse debent: a principe datos excipio. Effectum id constitutione Justiniani *Nov.* 82. Olim etiam judices a prætoribus dati suos habuere assessores, sive quos ipsi sibi in consilium advocabant. Ut Cajus Aquilius in causa Quintiana addictus judex habuit in consilio Jureconsultos, Marcum Marcellum, Lucium Lucullum, et Publium Quintilium, in Rosciana Marcum Perpennam Cajus Piso: ut ex (3) Ciceronis, qui illas causas egit, orationibus cognoscitur. Sed in judicibus quidem a Magistratu datis id turpe duxit Justinianus, et Reip. dissonum. Ait enim: Πῶς οὐ μέγιστον τοῦτο ἐλάττωμα πολιτείας ἂν εἴη, τὸ μὴ τοῖς αὐτόθεν τὸ πρακτέον ἐπισταμένοις παραδοῦναι τὰς δίκας, ἀλλ' ἐᾶν αὐτοὺς ζητεῖν ἑτέρους παρ' ὧν ἔξεστι μανθάνειν ἅπερ αὐτοὺς ἐν τῷ κρίνειν χρῆσθαι δεῖ. Hæc Imperator Justinianus de imperitis judicibus. Cui gemina plane loquitur Cajus Marius apud Salustium in Jugurtha, de imperitis ducibus. *Ut in tanta re*, inquit, *ignarus omnium trepidet, festinet, sumat aliquem ex populo monitorem sui officii: ita plerunque evenit, ut quem imperare jussistis, is sibi Imperatorem alium quærat.*

III. Hæc ratio in Magistratibus quoque ipsis valere debebat. Quibus tamen assessores perpetuo adfuere, nec ablati sunt a Justiniano, aut quod sciam ab alio: tametsi Alexandrum Imperatorem legimus, qui assessoribus primus vel certe post Nigrum Pessennium salaria de publico constituit, dicere solitum, eos esse promovendos, qui per se Rempublicam gerere possent, non per assessores: addentem, militares habere suas administrationes, habere literatos: unumquemque agere debere quod nosset. Flavius quidem Josephus, Judæorum doctissimus et gravissimus author, vehementer hoc assessorum institutum reprehendit, atque irridet, cum in Romanis, tum in Græcis, *Lib. 2. adversus Appionem Grammaticum.* Videri id sibi testimonium atque argumentum inscitiæ patriarum legum. *At nostratium*, inquit, *si quis de legibus interrogetur, facilius, quam nomen suum eas recitat.* Idemque judicium fuisse comperior severis illis et gravibus Persis. Sic enim Ammianus Marcellinus *Lib.* 23. de illis scribit: *Ad judicandum usu rerum spectati destinantur, et integri parum alienis consiliis indigentes. Unde nostram*, inquit, *consuetudinem rident, quæ interdum facundos jurisque publici peritissimos post indoctorum collocat terga.* Ex quo Ammiani loco illud obiter noto de assessorum sessu, non sedisse eos pariter, et eadem (ut ita loquar) linea cum Magistratu, sed introrsum versus, atque humilius, ut ministros esse et adjutores ipse hic quoque aspectus indicaret. Atque id opinor est, quod Suetonius Tranquillus mistim assidere appellat in Tiberio. Ejus verba hæc sunt: *Magistratibus pro tribunali cognoscentibus plerunque se offerebat consiliarius, assidebatque mistim, vel ex adverso in parte primori.*

IV. Sed ut illuc redeam, cur assessorum iste mos in Magistratibus et Principibus improbetur, nullam magnopere caussam video. Primum enim in Magistratibus et moderatoribus Provinciarum innocentia, prudentia et fortitudo, non doctrina aut scientia juris:

*Borckium*, Sane, vel absque eo foret, Donelli totum saltem non esse, ipsa tractatione proderetur.

(2) Ita idem Scip. Gent. *Orig. Lib. sing. pag.* 386. Hinc, Palladem Jovi assidere, finxerunt Poetæ, iuuenes Principi adesse debere Consiliarios. Consiliarii autem verbum latinissime esse pro eo, qui in consilium adhibetur, probat Pollet. 3. *Hist. fori* 13. *pag.* 284. Sed et Consiliatores legimus Plin. 4. *Epist.* consiliantes *L.* 12. *C. Th. de legatis* Cujac. *ad Nov.* 119. Dicitur et consilium, judicium: sic consilia 4. Centumvirorum, Pollet. *d. lo.* vid. *supra Lib.* 17. c. 24. *N.* 20. Facit *L.* 1. *C. de vend. lib.* Quomodo et Ræv. *Protrib. C.* 18. quinque Senatores et quinque equites, qui Romæ in consilium adhiberi dicuntur, Ulp. *tit.* §. 13. de decemviris litibus judicandis exponit, cui resistit Siccama *de Centumv. judic.*

(3) Vid. idem 2. *Verrina p. m.* 157. Phil. Brodæ, *in Supplem. Polletti Hist. fori Lib.* 5. *C.* 5. *p.* 446.

quia illis virtutibus salus et Reipublicæ et subditorum continetur, nec ab alio accipi possunt. Itaque præclare Cicero in *Orat. pro* Plancio: *in Magistratibus*, inquit, *si qua est ars, populus Romanus facile patitur: sin minus, virtute eorum et innocentia contentus est. Quotus enim quisque disertus, quotus quisque juris peritus est?* deinde hæ sunt occupationes Principum ac Magistratuum, ut etiamsi juris peritissimi essent, vacare tamen disceptationibus forensibus non semper possint: Et ut possint, profecto nemo negaverit, graviores et difficiliores paulo caussas ac controversias non ita dijudicari ab uno recte solere, atque a (4) pluribus. Quare et Imperator Adrianus, et ipse ille Alexander Severus, quanvis ipsi summam juris civilis cognitionem haberent, nihil tamen fere sine (5) assessu et consilio Jurisconsultorum et quidem complurium sibi agendum, vel de jure statuendum judicaverunt. Papinianus juris illud asylum, et legum thesaurus, tamen habuit assessores cum alios, tum Paulum et (6) Ulpianum, et hos quidem sæpe inter se dissidentes de jure: ut apparet ex *L. lecta*, *D. de reb. credit.* Quare et posteriores Imperatores, qui majores etiam Magistratus ac præsides juridicundo, et cognitionibus sic alligaverunt, ut potestatem illam veterem jurisdictionis mandandæ, judiciique dandi non parum circumscripserint: *L. 2. C. de pedan. judic.* Ii tamen assessores Magistratibus omnibus reliquerunt. Judicare ipsos jusserunt, sed non sine assessu Jurisperitorum.

V. Ex iis quæ supra dicta sunt, satis quivis intelliget, assessorum munus proprium Jurisconsultorum esse. Idque ita tradit Paulus in *L. 1. D. de offic. assessor.* ubi juris (7) studiosos appellat jurisperitos, qui alibi (8) consiliarii et comites passim appellantur, item consiliorum participes et adjutores. Sic in libris notarum juris illæ notæ ADI. item ADI. P. explicantur Adjutor, et Adjutor Provinciæ, intelligo enim assessores. Græcis πάρεδροι sunt, etque ita Justinianus ac cæteri vocant. Modestinus videtur et συμπάρεδρον appellare in *L.* οὐ μόνον, §. ὁμοίως. *D. de excusat.* (9) assessorem ibi vertit potissimus Augustinus, vetus interpres collegam. Potuis-

(4) Sunt magistratibus sæpe necessarii hujusmodi subadjuvæ: Nam si ipsi per se sapiant, tamen confirmantur eorum consilia, quando sentiunt prudentibus idem videri. Plus vident oculi, quam oculus, ita Broidæ *d. C.* 5. *pag.* 450. Subdens, inde prudenter judiciis consilium prudentum nostro tempore adhiberi. Ac hodie sane eo nihil receptius, quo Principes ipsi consultis Facultatibus jurisdicis, collegiis, vel Scabinatibus, quos vocant, in academiis sententiam ferre solent, verbis ab hisce ita conceptis: *Ertennen wuir auff Rath der Rechtverstendigen* etc. Habito consilio peritorum decernimus etc. De consilio prudentis quando caussa ad id remittenda, et quando id necessarium, fuse Horat. Carpan. *Statut. Medio. Vol.* 1. *C.* 17. *et C.* 57. *et seq.* Jure Saxonico assessorum vices obtinere Scabinos, statuit Schrad. *de Feud. P.* 10. *Sect.* 13. *n.* 2. Quod non omnino admittit Matth. Steph. *Lib.* 2. *de Jurisdict. P.* 2. *C.* 4.

(5) *L.* 30. *de excus. tut.* vid. Broidæ. *d. Cap.* 5. *p.* 448. *et seq.* Joach. Steph. 3. *de jurisdict.* 10. *late* Rebuff. *in Auth. habita* v. *examinatione pag.* 570. *et seqq.* Qui tamen non tales assessores, de quibus hic agitur. Qui et non sedebant, sed circum solium Imperatorum stabant, Joach. Steph. *d. C.* 10. *n.* 4. Qui eodem *Lib.* 1. *C.* 1. *n.* 32. *et seq.* Consistoria vocata docet, quæ Alexandri Severi tempore frequentia ICtorum florere cœperunt. Quod non, uti in Synedriis, consiliarii sedendo, sed stando caussas exaudirent, et sententias dictarent, principe solo in majestatis solio sedente, add. Paurmeist. 2. *de Jurisdict.* 5. *n.* 4. *et seqq.*

(6) Et Ulpianus Prætori se assedisse scribit *L.* 9. §. 3. *Quod met. ca.*

(7) *L.* 4. *de extr. cogn.* A. Gell. 12. *Noct.* 13. Sic Sueton. *in Nerone* scribere vel dictare testamenta studiosos, id est jurisperitos *L.* 88. *in fi. de L.* 2. Ræv. 2. *Conject.* 10. Quin imo Cujac. *in Nov.* 44. non idem omnino esse jurisperitos, ac juris studiosos. Tabelliones, ait, sunt jurisperiti *Nov.* 66. Separantur autem a studiosis *L.* 95. §. 4. *de pœn.* Juris studiosi, subdit, sunt interpretes juris et ICti. Jurisperiti vero advocati, pragmatici, tabularii. Confer Licklama 1. *Membr.* 14. Instructi atque assessores juris cognitione esse debent. Tametsi Menoch. *Arb. Cas.* 253. *n.* 3. id ab eligentis arbitrio pendere per *C. statutum* 11. §. *assessorem* 5. *de rescript. in* 6. ibi, *quod conscientiæ relinquatur*, quia, ait; si imperitum elegerit, ipse pœnas dabit.

(8) Consiliarii *L.* 5. *D. L.* 3. *C. h. t.* Comites *L.* 6. §. *pæn. de pen. L.* 4. *h. t. et simil.* Cujac. 7. *Obs.* 21. Forcat. *Dial.* 62. *n.* 2. Plane apud Germanos olim Tacit. *de Morib. Germ.* et Francos judices ordinarios comites vocati, Freher. *Orig. Palat. Cap.* 2. ut et in libris Feudorum 2. *F.* 27. pluries Hot. *Lex. Feud.* v. *Comites.* Postea dignitas hæc, uti hodie est, hereditaria effecta. De quo et unde comites ac nostrati *Graffen* dicti, Christ. Coler. *Parerg. C.* 27. Marc. Lycklama 5. *Membran.* 9. Vocantur et Participes *L.* 1. *C. si rect. prov. L.* 1. *C. de contr. jud. L.* 2. *Cod. de inc. nupt.* Cujac. *ad Nov.* 119.

(9) Etsi vulgo versum sit collegam πάρεδροι autem dicti consiliarii, quos tribus Atheniensium ad concionem miserunt, de quibus

sent, confessorem, verbum e verbo: quo Cicero usus est in eadem re *lib. 2. de finibus* illo loco: *Et ut Aulus Varius, qui est habitus judex durior, dicere confessori solebat, cum datis testibus alii tamen citarentur, aut hoc testium satis est, aut nescio quid satis sit: sic a me satis testium est dictum.* Tametsi consessor hic judicem eum Vario conjunctum significare, non assessorem videtur: ut et Cicero *Philip.* 5. Lysiadem Atheniensem judicem ab Antonio delectum, vocat consessorem et collusorem Curii itidem judicis. Sed ad Modestini locum, quod attinet, existimo illic judicem significari, quem qui jurisdictioni vel quæstioni præest, secum in consilio habeat, et de cujus excusatione, si judicium detrectaret, solebat cognoscere, ut idem Cicero *d. Philip.* 5. ostendit.

VI. Cæterum non omnes passim, et cuivis assidere possunt. Est aliquid in personis assessorum exceptum, et in loco assidendi. Illud in primis, quod non modo docti, et periti legum atque morum, sed etiam (10) fama et existimatione integra esse debent. *L. 2. D. de offic. assessor.* Est enim assessura honor quidam ac dignitas. In majoribus præsertim tribunalibus, liberti tamen assessores esse possunt, *d. L. 2.* quod non sine caussa proposuit Ulpianus, quia dubitari de eo verisimiliter poterat, propter severitatem, ut opinor, moremque majorum. Apud quos in cohorte prætoria, ex qua et assessores sunt, libertos apparitorum, scribarum, accensorum muneribus, hoc est, vilioribus illis functos reperio, nunquam assessorum. Cicero *de provincia administranda* ad Quintum fratrem: *Accensus sit eo numero etiam qua eum majores nostri esse voluerunt, qui hoc non in beneficii loco, sed in laboris ac muneris non temere nisi libertis suis deferebant, quibus illi non multo secus ac servis imperabant.* Sic Alexander Imperator, cui præ cæteris familiaris Ulpianus fuit, rescripsit libertos, si literis eruditi essent, etiam advocatorum officio fungi posse. *L. 2. C. de postuland.*

VII. Deinde in patria sua, vel in ea provincia, ex qua oriundi sunt, assidere (11) prohibentur. *L. in consiliariis, 10. C. de* [illegible]

Joach. Steph. *Lib. de Jurisdict. Judæ. Græc. etc. C.* 3. *n.* 26. Possard. *de Magistr. Athen. C.* 26.

(10) Quia ICtum virum bonum esse oportet, Freber. *Lib.* 3. *de Infam. C.* 29. *n.* 11. Rosb. *Process. Tit.* 7. *n.* 10. Et illegitime quoque natum arceri, etsi legitimatus sit, vult Myns. 4. *Obs.* 31. Sed et ut perfectæ ætatis sit ac 25. annis major, requirit Menoch. *Arb. Cas.* 253. *n.* 8. Laicum autem assidere posse Episcopo etiam in caussis criminalibus contra clericos, statuit Decian. 4. *Tr. crimin. C.* 19. *n.* 73. ex communi opinione.

(11) Menoch. 5. *Præsumpt.* 12. *n.* 9. Ant. Fab. *ad L.* 3. *h. t.* P. Greg. 47. *Synt.* 10. *n.* 13. ne si cives, civibus præsint, vel nimia indulgentia illis parcant, vel odio vetari, præter modum in illos sæviant. Ac quia in patria multis fera quilibet cognationibus et necessitudinibus implicitos, quibus rebus judiciorum religio ac severitas impediretur, Muret. *Vol.* 1. *Orat.* 18. *p. m.* 119. P. Fab. *ad L.* 37. *ex quib. ca. mai.* Hinc nec Rector provinciæ ex ea ortus esse potest *L. ult. C. de off. Rect. prov.* Et generatim ne quis officia gereret, aut magistratus in sua provincia cautum, nisi gratia a principe facta *L. ult. C. de crim. sacril. L. 3. C. de divers. off. Lib.* 12. *tit.* 60. Et rationem aliam reddit Baro. *ad d. L.* 3. quia fisci utilitati magis consultari extra provinciam nati; aliam Rosb. *Process. Tit.* 7. *n.* 16. quia magistratus magnifieri et honorari decet. In Patria autem quisque fera minus acceptus. Et ut assessor fit exterus, usu pene ubique servari, scribit Menoch. *Cas.* 253. *in fin.* ac decreto Sabaudiæ caveri, Tessaur. *Decis.* 268. *n.* 1. Sic et apud Chinenses (quas Jus civile, ac scriptas leges juri nostro Cæsareo simillimas habere, prodidit Jo. Metell. *in Præfat. ad Osor. p.* 34. et ICtos eorum magno in honore esse, testatur Osor. *Lib.* 11. *de Reb. gest. Emman. p.* 314.) nemini in ea urbe magistratui, aut judici esse licet, in qua penates habuerit, Io. Consalv. Mendoza *Lib.* 3. *de Regno Chinæ C.* 9. *et* 10. Quod et LL. Caroli V. et Philippi regum Galliæ decretum, sed quæ exoleverunt, Bodin. 4. *de Rep.* 4. *n.* 433. Contra ex *Statuto Mediol.* 414. nemo in Collegium judicum recipiendus, nisi ipse, vel ejus pater, ex civitate vel ducato Mediolanensi oriundus sit, quod statutum favorabile esse, Hor. Carpan. *ibid. n.* 7. Plane quoad alia officia, quæ in administrandis rebus et curis Reipublicæ magis quam exercendis litibus, versantur cives et originarii; si periti haberi possint, exteris præferendi omnino videntur, cum et illi mores ac instituta patriæ, et popularium magis calleant, et pro naturali in patriam amore majori sedulitate et fide administraturi censeantur, vid. Menoch. *d. Præsumpt.* 12. *tota*, Rosb. *d. Tit.* 7. *n.* 13. *et seq.* Myns. 4. *Obs.* 30. Confer. P. Greg. 4. *de Rep. C. n.* 9. *et* 10. Lips. 3. *Polit.* 4. Et quoties ratio illa suspicionis in judicibus cessat, a dispositione recte receditur. Uti *ord. Cam. Imp. P.* 1. *tit.* 4. §. *Und wo aber* originarii cujusvis provinciæ, extraneis præferuntur. Neque enim hic gratiæ aut calumniæ æque locus, cum caussas utique suorum popularium, non soli, sed cum collegis, qui aliarum sunt provinciarum, discepient.

*assessorib.* Ratio illa est, quæ in aliia omnibus quoque valuit, quibus ne magistratum, vel administrationem aliquam in patria sua gererent, severissime legibus et constitutionibus principum interdictum est. *tit. C. Ut nulli patriæ suæ*, ec. et ibi pluribus annotatis legibus. Quod quidem a Marco Imperatore non tam introductum, ut Xiphilinus et Zonaras credi volunt, quam renovatum ex veteribus legibus, ac moribus putandum est, *d. L. in consiliariis*, cum similibus. Ratio a Paulo hæc redditur in officio fiscalis, sed quæ generaliter ad omnes pertinet, ne quis gratiosus, aut calumniosus apud suos esse videatur. *Lib.* 5. *sententiar. tit.* 12. §. *in ea provincia*. Sed ego aliam rationem hujus interdicti non multo, quam Pauli, deteriorem, ex eodem Marci Tullii libro sive epistola odoratus mihi videor. Monet ille fratrem Asiæ prætorem, ut sibi quam diligentissime caveat a provincialium hominum familiaritate atque usu: *propterea quod et omnes*, inquit, *vias pecuniæ norunt, et omnia pecuniæ caussa faciunt: et qui cum victuri non sunt, ejus existimationi consulere non curant.* Quibos ex verbis licet intelligere, cum nullam virtutem magis, quam innocentiam et continentiam in magistratibus præsertim provincialibus spectandam esse Romani duxerint, hoc quoque vidisse, eam ob caussam non esse in provinciæ administratione ejus provinciæ populares admittendos. Ad Romanos enim illos veteres institutum hoc refero. Quanvis Spartianus de assessoribus Pessennio Nigro tribuere videatur, cum ait: *Hujus etiam illud fuit, ut nemo assideret in sua provincia.* Sed manifesto refellitur et ipse, et eum secutus Duarenus ex *d. L. in consiliariis.* Ubi antiquæ leges et constitutiones retro principum nominantur: satisque idem apparet ex responsis Jurisconsultorum, qui ante Nigrum vixerunt. Leges autem antiquas in *d. L. in consiliariis* suspicari quis posset esse legem Juliam et Papiam: ad quas leges hac ipsa de re et Paulus et Ulpianus, tractaverunt, ut patet ex inscriptionibus. *L.* 36. *et L.* 37. *D. quib. ex caus. major.* Sed habet ea res quidem in assessoribus multiplex, ut video, temperamentum.

VIII. Primum est, si forte provincia, ex qua quis oriundus est, postea in duas divisa fuerit, et sub duobus præsidibus constituta, velut (verba Macri sunt in *L.* 3. *D. de offic. assessor.*) Germania, Misia: ex altera ortus, in altera assidebit, nec videtur in sua provincia adsedisse. Et merito, nam in magna et vasta provincia rationes illæ supra a me illatæ cessant.

IX. Secundum temperamentum, sive secunda exceptio, quod remissum nonnihil de hac severitate videtur iisdem principum constitutionibus: ut videlicet unicuique liceat quatuor menses in patria sua assidere. *d. L. in consiliariis*, *L. hi qui in provincia*, 37. *D. ex quib. caus. major.* forte, quia tam brevi tempore non multa peccare possent: et quia (quod magis verisimile puto) repentino sæpe decessu, aut morte assessorum præses non ita facile, aut cito alios ex aliis provinciis advocare sibi in consilium queat. Neque enim eruditorum, et præstantium hominum vulgaris et parabilis copia est, unde mirari non debemus, in *L. ult. D. de proxenet.* ab Ulpiano nominari proxenetas assessuræ, idest, eos, qui assessoris operam magistratui præsidive conciliat, ut in emptionibus, et aliis negociis proxenetæ, et pararii solent. Pro quo etiam deberi illis, ait honorarium, quod ipse ἑρμηνευτικὸν appellat. Atque huc nimirum pertinet Caii Cæsaris ille locus ad Marcum Tullium, a quo Trebatius Testa I. C. ei in Galliam missus fuerat, antea in tanta hominum multitudine non fuisse sibi, qui vadimonium posset concipere. Eo quoque pertinere arbitror, quod Imperatores Diocletianus et Maximianus in *L.* 1. *C. de assessorib.* rescripserunt, assessores et consiliorum participes spe præmiorum atque honorificentia a præsidibus provocari oportere, non metu terribili, et necessitate incongrua libertati.

X. Tertia exceptio est, quod etiam sine præscriptione hujus temporis solet interdum princeps speciali beneficio (12) permittere, ut in sua patria assideant. *L. si cui*, 38. *D. quib. ex caus. major. et d. L. in consiliariis.* Accursius et cæteri eum secuti vulgo interpretes, non hanc novam exceptionem faciunt, sed conditionem et temperamentum superioris. Ajunt enim licere quatuor menses in provincia sua assidere, sed ita, si princeps permittat atque indulgeat. Quod si verum esset, cur igitur Paulus dicit: constitutionibus id concessum esse? *d. L.* 5. *hi qui*, 37. Cur Imperatores ipsi legibus antiquis, et principum scitis hoc adscribunt, in *d. L. in consiliariis?* Hæc enim inter se pu-

(12) *L. ult. C. de crim. sacril.* Et hic utique etiam ultra quatuor menses adsidere p est, etsi clausula derogatoria, non obstantibus constitutionibus, non adjecta, contra quam Accurs. *in d. L.* 37. *ex quib. caus. maj.* quem refellit Ant. Fab. *ibid.*

gnant, constitutionibus et legibus quid concessum esse, et speciali beneficio principis permitti oportere, ut Ulpianus loquitur in *d. L.* 38. Quod etiam clare demonstrat *d. L. in consiliariis.* In qua cum dictum esset ultra quatuor menses assidere contra leges antiquas et principum scita, et propterea, qui fecerit pœna dignum esse: in fine legis adjicitur illa exceptio, *nisi per cœleste oraculum, vel amplissimæ tuæ sedis* ( præfecti prætorio scilicet ) *præceptionem sese defendat.* Quod quid aliud est, quam etiam ultra quatuor menses assidere quem in provincia sua posse, siquidem princeps aut præfectus prætorio ei præceperit permiseritve?

XI. Quarta exceptio est in *L. ult. D. de offic. assessor.* ubi Papinianus scribit, *in consilium curatoris Reipublicæ vir ejusdem civitatis assidere non prohibetur: quia publico,* inquit, *salario non fruitur.* Assessor scilicet ejus. Cur autem ei salarium de publico constitutum non sit, ratio illa videtur, quæ et Paulo Castrensi placuit, quia paucæ et parvæ sunt caussæ ad hunc curatorem pertinentes. Curator Reipublicæ est, qui ea curat, quæ ad decus et usus civitatis pertinent sine jurisdictione tamen, et sine jure dicendæ mulctæ. *L. Lucius*, §. *Sempronii*, *D. de administratio. tutor. L.* (13) *ad curatoris*, *D. de dam. infect. L.* 2. *Cod. de modo mulct.* Male iidem interpretes pro curatore fisci exponunt. Cum igitur sine salario, aut exiguo salario nemo facile reperiatur, qui operam suam alteri accommodare velit, ideo admissum est, ni civis assidere (14) curatori civitatis suæ possit.

XII. Præterea illud in assessorum persona requirimus: non debent duobus magistratibus uno eodemque tempore assidere, vel in judiciis alio fungi, quam assessoris munere, puta, advocati. Utrumque legibus olim cautum, postremo Justiniani constitutione diligentius ac severius sancitum, quæ exstat in (15) *L. ult. Cod. de assessor.* Quemadmodum legibus Atheniensium interdictum erat, ne Areopagites eodem tempore posset aliis in locis judicare, quam Athenis. Utriusque interdictionis eadem ratio a Justiniano adfertur, quod difficile sit, quas res quem agere simul recte posse. In advocatione illa præterea ratio est gravissima, quod cum assessores sint judicis consiliarii et familiares, quanvis non in eadem caussa, et advocatus, et assessor sit: tamen non possit ea res carere suspicione. Hanc rationem autem a Justiniano præteritam arbitror, quia generaliter voluit, ne quis assessor advocati munere fungeretur, hoc est, etiam apud alium magistratum, et in alio auditorio, quam in quo assideret. Id enim et ratio ab illo exposita in *d. L. ultim.* et verba omnia satis demonstrant. Qua lege (16) abrogatam jam intelligimus *L. consiliariis*, 5. *D. de offic. assessor.*

XIII. Duo adhuc supersunt in personis assessorum explicanda. Quorum unum illud est, assessoribus semel deposito assessuræ officio non videri licuisse ad idem officium redire. *L. nemo*, 5. *C. de asses.* sed obstat *L. liceat*, 12. *C. eod. tit.* ubi licentia permittitur omnibus judicibus consiliarios sibi eosdem secundo ac tertio, et sæpius adjungere: addita præclara ratione, *quia qui semel recte cognitus est, non debeat ob hoc solum, quod jam probatus est improbari:* Respondere possum *d. L. nemo*, loqui de domesticis et cancellariis, quorum nullo modo eadem ratio sit, quæ assessorum, ut mox dicam. Sed tutius est dicere in eadem provincia prohiberi etiam assessores iterum assidere, non in alia, et ita *L. nemo*, 5. accipi etiam in assessoribus posse. Nam et *L. nemo*, 6. *eod. tit.* et *L. un. C. ad leg. Jul. de amb.* generaliter de omnibus etiam comitibus et officiariis loquuntur.

XIV. Jam alterum est, quod monere volebam, priori simile: videndum esse, an licuerit præsidi aliive assessores secum in provinciam ducere? Dubitationem facit *L. nullus judicum.* 8. *C. de assessor.* ubi districte id prohiberi videtur. Sed est ea lex de domesticis, et cancellariis scripta, nec ad

(13) Ubi vid. *not.* Goth. *et ad L.* 3. *Cod. de mo. mulct.* Coras. *ad d. L. ult. et* 3. *Misc.* 6. Cujac. 12. *Obs.* 30. *sub fin. et ad L.* 30. *C. de decur.*

(14) Quare in *d. L.* 10. *C. h. t.* exstat vero *moderatoribus*, quæ præsides et rectores provinciarum significat. Briss. 1. *Antiq.* 12.

(15) Ubi ratio. Ad quod consentientes sententias de animo pluribus curis non implicando eodem tempore profert Rad. Forner. 3. *Rer. Quotid.* 25.

(16) Ita sane Jas. *in d. L.* 5. *n.* 1. Baro *ibid.* Verum contrarietas vitari potest. Neque enim *d. L.* 5. negocia aliena tractare consiliarium permittit in alieno auditorio, sed hic sensus, quod alius possit Consiliari, qui gignendi casus est, pro consiliarii *negocia*, in eodem tractare, Pac. 1. *Q.* 55. vel hic sensus A. Fab. *ibid.* Assessor non potest efficere ut de litibus suis disceptetur apud magistratum, cui assidet, etsi alias is sit competens judex. Ut vero apud alium tractet sua negocia, non prohibetur. Nec cogitur expectare (in quo ratio dubitationis) ut assessor esse desinat, siculi magistratus temporalis *supra C.* 4. *N.* 20.

assessores trahi debet, quod Azo fecit. Sed quæ ratio differentiæ? puto, quia perpetui erant isti domestici et cancellarii, quibus non poterat nisi summa injuria munus suum eripi: et provincialibus quædam indulgenda sunt, magnoque ii æstimant sibi functiones aliquas relinqui et conservari, licet minus splendidas, ne omnino a Republica semoti esse videantur. Assessores autem, et similes vel a principe dabantur, ut generaliter de comitibus legatorum scriptum est, in *L. abesse*, *D. ex quibus caus. major.* eorumque nomina in principis commentarium referebantur, ut ibidem traditur: vel a magistratibus ipsis eligebantur et evocabantur, ut indicat *L.* 1. *C. de assessor.* et d. *L.* οὐμόνον. §. ὁμοίως *D. de excusat.* operaque interdum etiam parariorum utebantur ad eorum operas conducendas. *d. L. ult. de proxen.* eoque magis id necesse fuit; quo et minor eorum copia erat, et major cum dignitas, tum auctoritas.

XV. Nunc de officio assessorum videamus, quod Paulus breviter sic describit in *L.* 1. *D.* illo tit. *Omne*, inquit, *officium assessoris, quo juris studiosi partibus suis funguntur, in his fere caussis constat, in cognitionibus, postulationibus, libellis, edictis, decretis, epistolis.* Quæ omnia, atque etiam plura, Justinianus uno verbo complexus est in *Novell.* 82. in princip. ubi assessores dicit esse, τὰ ἐκ τῶν νόμων ὑφηγουμένους qui explicant ea, quæ ex legibus descendunt, sive quæ ad jus pertinent. Et recte explicant: hoc est, judicem docent atque instruunt. Ipsi autem assessores non judicant, neque sunt judices. Nemo enim assessor esse sibi potest, vel consiliarius: sed magistratui tantum vel judici a principe delegato. Nam et hic assessores suos habet tanquam magistratus, utpote, qui et judicem alium subdelegare potest. *Novel.* 60. et *L. a judice*, *C. de judic.* Ab alio delegatus assessorem habere non potest, etiam jure pontificio, nisi eo indigeat. *C. statutum*, §. *assessorem, extra de rescript. libro* 6. Quæ caussa est, quod assessores non jurant in leges, ut judices. *L. rem non novam*, *C. de judic.* et *Novel.* 8. Hinc est, quod Imperatores dicunt in *L. nunquam*, pen. et ultim. *C. de assessorib.* Consiliarios (17) judicare non posse absente magistratu. Jus enim duntaxat magistratui suggerunt, unde et judicis portio quædam esse assessor dicitur in *L. omnis. CTH. de his quæ admin. trad. sunt.* Quare nec judices eos dari posse verissimum est: ut mirer esse doctos viros, qui assessores a pedaneis judicibus nihil distare dicant, citata ad id *Novel.* 60. in qua nihil probatur. Sed similitudo quædam juris in utrisque ostenditur, ut recte ibi glossa exponit. Statutis tamen, et consuetudine locorum id hodie (18) mutatum est: nam et assessores solent judices dari, et jurisdictionis etiam aliqua portio eis demandatur, teste Bartolo in *L.* 1. *D. de offic. assessor.* et in *L. judicium solvitur*, *D. de judic.* Nunc ad Paulum redeamus.

XVI. In officio assessoris ponit primo loco cognitiones. Quo verbo notum est in jure civili (19) caussarum omnium quæstiones, disceptationesque forenses contineri, sive pecuniariæ sint, sive criminales, sive publicæ, sive privatæ. In omnibus enim opera assessorum requiritur, ut quid in unaquaque re, jure, ac legibus præscriptum sit, magistratum edoceat. Magistratus enim cognitio est, non assessoris: cognoscere tribunal et jurisdictionem desiderat. *L.* 3. §. *cognoscit. D. de offic. præf. vigil. L. ubicunque*, *D. de regul. jur.* Unde cognitionaliter audire, in *L.* 3. *Cod. de quæstionib.* Hodie ex dicta Justiniani. *Novel.* 60. magistratus caussas cognoscere assessores suos jubere potest, dum apud ipsum litis contestatio atque sententiæ latio reservetur, itemque ultima cognitio coram eo peragatur, quod fit in conlusione litis seu caussæ quam vocant, cum probationibus hinc

(17) *Nov.* 60. *C.* 2. *pr.* Et aperte a pedaneis sejunguntur, quod assessoribus tantum particulares examinationes committantur, *Nov.* 82. *C.* 2. Wes. *ad tit. C. de pedan. jud. n.* 13. Sed nec magistratus erant, verum jurisdictiones nomine præsidum conficiebant, Joach. Steph. 3. *de jurisdict.* 12. *n.* 23. nec illis mandabatur jurisdictio, ut ostendit sejunctio *tit. de off. ejus a tit. de asses.* Govean. *Lib.* 2. *de Jurisd. n.* 46. *et seq.*

(18) Vid. Rosbach. *Process. Tit.* 7. *n.* 23. *et seq.* Et ita hodie multi vocantur assessores, qui proprie non sunt, sed plerumque jurisdictionem habent, ut assessores Cameræ Imperialis, aliarumque Curiarum in provinciis imperii, Paul. Matth. Wehner. *Obs. pract. de V. S.* verbo *Cammergericht. pag.* 73. Matth. Steph. *Lib.* 2. *de Jurisd. P.* 2. *C.* 4. *n.* 20. *et seq.* Quos Galli, *Senatores*, Itali, *Auditores* appellitant. Sane Doctores receptos in Collegium non habere jurisdictionem ordinariam, sed consulendi facultatem in caussis sibi commissis, notat Horat. Carpan. *Stat. Mediol. C.* 414. *n.* 24. *Vol.* 1.

(19) Tametsi Baro in *d. L.* 1. per eas accipiat cognitiones extraordinarias, quæ præscriptas formulas non habebant, sed totæ ex officio magistratuum pendebant.

inde allatis litigatores se nihil habere amplius dicunt. Posuit autem Paulus primo loco cognitiones: quia magnam ac præcipuam partem illæ occupant assessorum studii ac muneris: utpote, quod in judiciis potissimum versetur. Sunt et actiones quædam, quæ non dantur, nisi caussa cognita, ut de dolo, ut actio utilis ex edicto, si quis omissa caussa testamenti. *L. quia*, §. *non simpliciter*, *D. illo tit.* et huc igitur cognitionis nomen pertinet.

XVII. Secundo loco ponit Paulus postulationes. Et id quoque vocabulum notum ac tritum. Significat autem Paulus, non assessores posse ipsos postulare: id enim severe iis interdictum supra demonstravimus ex constitutione Justiniani, cujus ex mente omnia jurisconsultorum responsa interpretari debemus: sed cum postulationes fiunt, et controversiæ ab aliis apud prætorem introducuntur, debet assessor videre, ne quid contra ordinem et edictum de postulando in ea re fiat, deque eo, si opus fuerit, magistratum admonere. Postulationes a cognitionibus pulchre distinguuntur in *L.* 2. §. 2. *D.* quis ordo in bonor. possess. *In bonorum possessione*, inquit Ulpianus, *quæ pro tribunali datur*, *illud quæritur*, *si sedit quidem prætor pro tribunali*, *sed postulationibus se non dedit: potest dici*, *tempus ad bonorum possessionem non cedere*, *cum præses aliis rebus*, *aut militaribus, aut custodiis, aut cognitionibus fuerit occupatus.*

XVIII. Tertio loco ponuntur a Paulo libelli. Quo nomine intelligit libellos, sive scripturas litigatorum, vel accusatorum. Cavere enim assessorem oportet, ne inepte concepti sint, ne rem aliquam minime honestam, aut concessam complectantur. Tales (20) libellos respuere ac rejicere præses debet assessoris consilio. *L. ne quidquam*, §. *observare D. de offic. proconsul. L. quos prohibet*, *D. de postuland.* Quid est autem, quod a Constantino sancitur magnis pœnis in *L.* 2. *C. de assessoribus.* Præsides non per assessores, sed per se subscribant libellis? Et opinor intelligi libellos, quos de caussa aliqua privati vel judices offerebant principi, vel etiam magistratui, ut apparet ex *L. cum quem*, *D. de judic.* ad eos libellos solebat princeps respondere iis subscribendo, quid de ea quæstione judicaret. Unde et subscriptiones appellantur ea rescripta, in §. 1. *Instit. quib. non est permiss. fac. testamen.* His igitur ac similibus libellis magistratus per se debent subscribere, atque huc libenter retulerim præceptum illud Marci Tullii ad Q. Fratrem: *Sit annulus tuus*, inquit, *non ut vas aliquod*, *sed tanquam ipse tu: non minister alienæ voluntatis, sed testis tuæ.* Habuerunt et assessores sua sigilla, quibus in certis negociis uterentur atque actibus, ut indicatur in *L. ult.* §. 2. *C. de assessor.* Sed et a principe illis interdum permissum fuit libellis, quos supra dixi, subscribere, *d. L.* 2. In appellationibus debet magistratus, sed judex ordinarius, a quo appellatum est, intra 30. dies edere acta litigatoribus cum sua relatione. *L. judicibus*. *C. de appellation.* id est, in sua subscriptione (in qua rei cui subscribit, mentio continetur) ut *Novell.* 126. *C.* 3.

XIX. Quarto loco numerantur edicta. Ea scilicet, quæ a præsidibus proponuntur de jure dicundo: quæque edicti provincialis nomine significantur, ad quod multi Jurisconsultorum scripsere. Quinto loco decreta Paulus nominat. Quod verbum proprie pertinet ad ea, quæ pro jurisdictione, et imperio, quod mistum dicitur, magistratus statuit, veluti, cum bonorum possessiones dat, vel decretum interponit de (21) transactione alimentorum, de alienandis prædiis minorum, aliaque similia. Cujusmodi decreta perperam Azo intelligit libellorum nomine, etc. in *L.* 1. *D. hoc. tit.* et *L.* 2. *C. eod.*

XX. Postremo loco epistolæ commemorantur. Solebant enim præsides aliique magistratus sæpe ad principem scribere de aliqua juris quæstione aliave re, quales sunt epistolæ Plinii ad Trajanum, et hujus ad Plinium rescripta. Quod et in libris nostris frequentissime occurrit. Dixi de quæstione juris: nam de facti quæstionibus moris non fuit consulere aut rescribere, ne apud Jurisconsultos quidem. Qua de re videndus est Duarenus *Lib.* 1. *disput. Cap.* 41. Intelligi etiam epistolarum nomine possunt illæ, quas præsides ad alterius provinciæ moderatores mittebant, si forte aliquæ res incidissent, de quibus rogari eos oporteret, puta testium evocationes vel examinationes. *L.* 3. in fin. *D. de test.* qua de re cautum est in *Cap. præsentium*, *extra de test. Lib.* 6. vel si reus in alterius præsidis provinciam transfugerit, ut eum remittat. *Novel.* 534. §. *si*

(20) Ita Azo *in sum. Cod. h. t. n.* 4. *et* 5. Sed Baro *d. loc.* postulationes intelligit, petitiones, quæ caussæ cognitionem requirunt; libellos vero eas, quæ sola subscriptione principis vel magistratus expediuntur *L.* 9. 1. *de off. procons.*

(21) Ita et Baro *d. loc.* quia cum disceptationis sint, plerunque ex consilii sententia fieri debent.

*quis vero*, ubi ἐπιστολὴ δημοσία vocatur, ut in *Novel.* 17. γράμματα δημόσια aliisque plurimis in negociis, quæ huc referri non est necesse, hic usus est. Has igitur epistolas omnes componere, ad assessorum munus pertinet. Scribere et expedire non ad ipsos, sed ad cancellarios, quos olim vocabant, quos recte Accursius (22) scribas, sive notarios interpretatur ad *L.* 3. *C. de assessorib.*

XXI. Hac in parte assessoribus similes fuere (23) quæstores, qui candidati principis dicebantur, quique epistolas ejus in senatu legebant, ut scribit Ulpianus in *L. unic.* §. fin. *D. de offic. quæstor.* Et paulo ante, solis libris principalibus in senatu legendis eos vacare dixit. Solebant enim principes interdum ipsi suas orationes in senatu recitare, vel etiam alienas, ut Augustus orationem Metelli censoris: sæpius autem per suos illos candidatos. Eeque tum epistolæ, tum orationes passim in libris nostris occurrunt de jure scriptæ: ut oratio D. Marci, de alimentis, Divi severi, de donationibus inter virum et uxorem, aliæque innumerabiles. Ex qua similitudine forte deceptus fuit Procopius, qui Paredrum, id est, assessorem cum quæstore confundit. Ait enim *Lib.* 1. *de bello* Parthico: *Tribonianus Pamphilius Imperatoris paredrus, quem magistratum Romani quæstorem, Latini Jurisconsultum vocant.* Nisi dicamus paredrum latiori illa significatione accepisse pro consiliario scilicet. Nam et Latinum nomen assessoris sic accipi, supra demonstravimus.

XXII. Proprie vero assessor non modo a quæstore, et hujusmodi aliis, sed etiam a consiliario distinguitur, ut nominibus sic muneribus, ut illo loco Zosimi *Lib.* 5. Ἰουστινιανός, inquit, ἐν τῷ τῶν συνηγόρων κατὰ Ῥώμην ἐπιτηδεύματι διαπρέψας αἱρεθεὶς δὲ παρὰ Στελίχωνος πάρεδρός τε ὁμοῦ καὶ σύμβουλος. Fuit, inquit, simul et assessor et consiliarius Stiliconis. Quod pertinet ad *L. ult. C. de assessorib.* in qua vetatur assessor duobus officiis fungi. Non enim ut puto, consiliarius esse prohibetur in aliis rebus, quæ ad jus non pertinent. Atque hæc nobis de officio assessoris dicta sunto.

XXIII. Quod officium recte nominaveris assessorium. Laudatur enim ab Ulpiano Sabinus in assessorio. *L. lex Cornelia*, §. *hac lege*, *D. de injur.* Quo libro assessoris omne officium explicavisse videtur. De quo et Puteolanus libros assessoriorum titulo scripsit. Eodem teste in *L. nam etsi*, *D. de pact.* Existimoque omnia, quæ ad ordinem et formam judiciorum pertinent eos complexos fuisse, sicut et Paulus, et alii, qui de officio assessorum libros edidere: ut indicio est *L. edictum*, *D. de judic.* Nec quicquam discrepasse arbitror eorum de assessoris officio libros.

(22) Covar. *pract. QQ. C.* 44. *n.* 10. *sub fin.* Et in Coustitutionibus Caroli M. ac Lotharii, cancellarius pro notario et scriba quolibet ponitur, P. Greg. 47. *Synt.* 29. *n.* 1. qui a cancellis dictos vult, quod intra caucellos scriberent post Wolf. Laz. *Lib.* 2. *de Rep. C.* 4. Qui et a cancellis inde vocantur, et cancellos agere, Cassiod. *Lib.* 2. *Inst. Divin.* et 11. *Variar.* ubi munus cancellarii habetur, P. Pithœ 2. *Adv. Subsec.* 12. ubi reprobat notationem, Turnebi *Adv.* 25. quam sequitur Matt. Steph. 3. *de Jurisd. P.* 2. *C.* 14. *n.* 1. *et seqq.* quod ductis cancellatim lineis scripta, quibus princeps subscribere nolebat, cancellarint, id est vitiarint, induxerint. Secretum enim vel secretarium, dictus locus cancellis septus, in quo causæ examinabantur. Pithœ *d. loc.* Phil. Broid. *in Suppl. Hist. fori Polleti Lib.* 5. *C.* 12. *p.* 505. Nec recte, opinor, Joach. Steph. *Lib.* 3. *de Jurisd. C.* 11. *n.* 12. Assessores hos fuisse judicum, vel a secretis eorum, qui et domestici vocentur *L.* 1. *C. ad L. Jul. repet.* Nam imo a domesticis sejunguntur *L.* 3. 5. 8. *Cod. h. t.* Enimvero, non fuisse magnæ dignitatis hoc officium, constat. Vopisc. *in Carino: Præfectum urbi unum ex Cancellariis suis fecit. Quo fœdius nec cogitari potuit quidquam, nec dici.* Hodie sane munus Cancellarii sublime, ac inter palatinas dignitates, apex honorum, et veluti animi ambientis honoristitium, ut Broidæ. *d. loc.* Quem quæstori Palatii comparat Gail. 1. *de Pa. publ.* 5. *n.* 29. Bocer. *de Jurisd. C.* 8. *n.* 60. Matth. Steph. 1. *de Jurisdict.* 14. *n.* 36. Caucellarium Franciæ, cujus summa et a Rege proxima dignitas, Præfecti prætorio instar esse, Budæ. *de Asse* et annotat *in Pand. tit. de off. præt.* add. Padilla *in L.* 7. *C. de divers. rescript. n.* 6. P. Greg. et Covarr. *dd. locis.*

(23) Longe tamen augustius, et magnificentius horum munus, qui eo auctoritatis venerunt, ut in epistolis, edictis, diplomatis recitandis subscribendisve loco principis essent, Baro *ad t. de off. Quæst.* vid. Pollet. 1. *Hist. fori* 4. *n.* 8. Joach. Steph. 3. *de Jurisd.* 11. Fr. Juret. *in not. ad Symmach. Lib.* 1. *Epist.* 17. Luc. Io. Scoppa 1. *Collectan.* 14. Candidati vero Romanis, qui quemcumque magistratum ambiebant, a toga candida, qua induti, comitatuque clientum ac libertorum deducti, tribus ac curias circumibant, manus singulorum prehensabant, obviis blandiendo, officiisque, quibus poterant, gratiam demerendo, suffragia venabantur, Coras. *ad L. un. de off. Quæst. n.* 5. Zas. *ad. L.* 2. §. *iisdem temporibus* 20. *de O. I. n.* 10. *et seq.* P. Fab. 1. *Semestr.* 20 Puntan. *Progymn. Vol.* 3. *P.* 2. *Progymn.* 16.

bros, a libris Tuberonis, de officio judicis scriptis, quos Aulus Gellius citat. *Lib.* 14. *Cap.* 2.

XXIV. His ita de officio assessorum expositis, nunc et præmia eorum cognoscamus, quæ ipsis propter laborem studiorum debentur, ut est in *L.* 1. *C. de assessor.* Primum est honor ipse ac dignitas. Argumento *d. L.* 1. et *L.* 3. *D. eodem tit.* inepte Jason honorem esse, dignitatem non esse. Cicero Philipp. 5. o *consessum judicum præclarum*, o *dignitatem consilii admirandam.* Quanvis alio sensu hæc Cicero. Sed quemadmodum consiliarii principum vocantur ab ipsismet principibus pars corporis nostri. *L. quisquis, C. ad Leg. Jul. majestat.* Sic et assessores vocantur portio judicum sive magistratuum, quibus adsident. *L. omnis. C. The. de his quæ admin. trad. sunt.* Quapropter violari majestatem prætoris, vel alterius. qui jurisdictioni præest, violato assessore ejus putandum est *argum. d. L. quisquis.*

XXV. Secundum est ab eadem dignitate profectum: liberi enim et immunes sunt a tutelis atque ab omni onere indictionum, et munerum. *L. non solum. §. similiter, D. de excusationib.* de qua lege supra. *L. non minus, Cod. de assessorib. L. legato, D. de vacationib. muner.* iisque immunitatibus non solum dum in officio sunt, sed etiam deposito officio fruuntur, *d. L. non minus.* Ubi et pœna statuitur adversus imponentes.

XXVI. Tertium est ex edicto prætoris de iis, qui Reipublicæ caussa absunt, si eam ob rem eoque tempore læsi fuerint, damnumve acceperint, ut nimirum in integrum restituantur. *L. hi qui in provincia*, 37. et *L. si cui sequen. D. quib. ex caus. major.* Sed et alia privilegia eis conceduntur, quæ solent tribui iis, qui Reipublicæ caussa absunt, argumento *d. L. si cui.*

XXXVII. Quartum est in rebus in assessura acquisitis, ut jure peculii castrensis et habeantur, et vindicentur. *L. velut*, 7. *C. de assessorib.* cujus verba sunt: *velut castrense peculium filiifamilias assessores etiam post patris obitum vindicent, qui consiliis propriis administratores provinciarum juvare consueverunt, si quid licitis honestisque lucris coadunare potuerint.* Ex quibus postremis verbis satis indicatur præter salarium, quod de publico habebant, aliquid (24) jure moreque potuisse ex officio suo lucrari.

XXVIII. Postremum ac præcipuum præmium est salarium publicum iis ab Alexandro Severo et Pescenniu Nigro constitutum, Spartiano et Lampridio testibus. Sed ita tamen, ut opinor, constitutum, ut id (25) per manus præsidum, aut aliorum, quibus assidebant, acciperent, ut indicat *L. diem functo, D. de offic. assessor.* et *L.* 1. *C. de assessor.* ubi dicitur debere præsides spe præmiorum provocare consiliorum participes. Jure pontificio a litigatoribus interdum honorarium assessori debetur, ut in specie *Cap. statutum, §. assessorem, de rescript. Lib.* 6. Igitur præsides ac reliqui magistratus salaria assessoribus solvebant, sed de publico. Et hoc est quod Papinianus in *L. ult. D. de offic. assessor.* separat assessorem Curatoris Reipublicæ ab aliis; quia is nun fruatur publico salario.

XXIX. Ante Pescennii tempora non existimo publico salario, id est, ex ærario Principis, fruitos fuisse, sed ab iis, qui eorum opera utebantur constitui ac pendi solitum. Et exstat D. Pii rescriptum in *L. Divus, D. de extraord. condition.* posse juris studiosos salarium petere atque exigere: sed pugnare cum eo videtur Ulpianus, qui iisdem temporibus vixit, iisdemque honoribus perfunctus est cum Paulo, cujus est *d. L. Divus.* Uterque enim assessor Papiniani fuit, ut non ferendum videatur, si etiam de suo salario non consenserint. Scribit enim Ulpianus, Juris professores honorarium petere non posse, nec si petant, jus eis dici oportere. Idemque mox et de Comitibus adfirmat. *L.* 1. *§. proinde*, et *§. sed etsi Comites, D. eod. tit. De extraord. cogn.* Nam quod (26) quidam eruditissimi viri ad horum locorum conciliationem adferunt, Ulpianum de veteri jure ac more loqui, de novo Paulum, vereor ne id non satis dignum sit ipsorum existimatione: sed res ita videtur expedienda esse. Ulpianus non de Assessoribus, sed de juris Professoribus diserte loquitur in *d. §. proinde.* Juris professores nun petunt honeste in judicio bonorem, id est mercedem

(24) Facit *C.* 11. *§. assessorem* 5. *de rescript. in* 6. ubi, si salarium non babeant, de eo litigatores provident.

(25) Præses seu legatus Cæsaris salarium accipiebat quotannis una summa ex ærario, vel a fisco ex constitutionibus Pescennii Nigri, ut Spartianus in ejus vita. Quod in provincis deinde anno finito, assessoribus distribuebat, Joach. Steph. 3. *de Jurisdict.* 12. *n.* 19. *et seq.* Forcat. *Dial.* 62. *n.* 4. Salario non definito, judicis arbitrio pro consuetudine loci et conditione personæ id æstimandum, Menoch. *C.* 254.

(26) Male Cujac. 7. *Obs.* 25. quod in *d. L.* 1. *§.* 5. *et* 8. ex veteri jure vel more scribitur, corrigi ex rescripto D. Pii *d. L.* 4. Quasi vero Divus Pius posterior Ulpiano fuerit, et non multis annis anterior.

a discipulis suis: quia juris scientia sanctissima est, nec dehonestanda precio nummario, inquit: et quia honor is in ingressu Sacramenti offerri debuit. Ita enim Ulpiani sententiam accipio, ut duas rationes adferat, quare jus dici non debeat juris Professoribus salarium petentibus. Una est a sanctitate civilis sapientiæ, eaque patet per sese. Altera obscurior est, sed sensus est, debuisse discipulos honorem sive salarium offerre præceptori in ingressu sacramenti, id est, eo tempore, quo in disciplinam recipiebantur, et forte jurabant se non avaritiæ et lucri caussa civilem scientiam apud eum velle discere, eamque, eum didicerint, caste integreque habituros: Cujusmodi jusjurandum Medicis suis Hippocrates præivit ac præscripsit. Quæ expositio in privatis illis ac veteribus juris Professoribus valet, non ita in iis qui cœpere postea publice jus profiteri. In his enim illa expositio magis probaretur ut ipsi potius jusjurandum initio suæ professuræ dederint, quibus etiam publicum stipendium constitutum fuit, aut certe constitui debuit. Difficilior responsio est ad §. *sed et is*, qui loquitur de Comitibus; et ait si salarium petant, idem jus esse, quod in professoribus. Comites autem pro juris studiosis et assessoribus accipi notum est, *d. L. diem functo*, *cum simil.* At juris studiosos exigere salarium posse ex D. Pii rescripto Paulus probat *d. L. Divus.* Quid dicemus? Et puto Comites in *d. sed et si*, non esse pro assessoribus capiendos. Significantur quidem hoc nomine interdum assessores, et ex Comitibus, ex cohorte prætoria dicuntur esse. Sed tamen negari non potest Comitum appellationem multo latius fundi. Nam et ipsi Medici, et accensi aliique domestici eo nomine continentur. Dicendum igitur Ulpianum loqui de Comitibus, exceptis assessoribus, ac juris studiosis. Atque ita nihil huic loco *L. Divus* adversabitur: cum manifestissimum sit generi per speciem solere derogari. *L. in toto*, *D. de regul. jur.* Nisi dicamus; *L. Divus*, de advocatis esse interpratandam: quod non placet: et tamen hoc magis placet; quam quod de constituto, et non constituto salario hic Accursius aliique divinant.

XXX. Ad hunc locum pertinet explicatio celebris responsi Papiniani in *L. diem. functo*, *D. de offic. asses.* De quo magnæ fuerunt nostrorum interpretum concertationes. Sed constituta scriptura, facilior erit interpretatio. In Pandectis Florentinis ita est, ut edidit Antonius Contius. *Diem functo legato Cæsaris, salarium comitibus residui temporis, quod a legatis præstitutum est, debetur: modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerint. Diversum in eo servatur, qui successorem ante tempus accepit.* Hæc Papinianus. In hoc responso illa verba vacillant, *quod a legatis præstitutum est.* Nam alii legunt, *quod legatis*, alii *præstitum*, alii *præstandum*, et hæc ipsa cum verbo, *legatis*, varie: hinc illa varietas interpretationum, quam licet de Jasone cognoscas. Ego quod mihi rectius videtur, exponam: tueborque Florentini codicis lectionem: nisi quod offendit nonnihil me illa mutatio numeri, usitata alioquin bonis authoribus, in voce, a legatis: forte in archetypo fuit, a LEGATO IS, ut sit, a legato iis. Nam in Florentinis Pandectis nullam esse verborum distinctionem, sed totos versus continenti scriptura exaratos esse dicunt, aut etiam excidit litera O, aut a librario extrita fuit, ut solebant olim; veluti cum restituturi, pro restitutum iri, et similia multa in iisdem Pandectis, atque aliis veterum libris ad eundem modum leguntur. Mirum certe, quantam lucem hæc levis mutatio sive correctiuncula nostra toti sententiæ adferat: quam esse hanc puto. Mortuo Cæsaris legato, debetur ejus comitibus sive assessoribus salarium etiam residui temporis, quod tempus (27) a legato iis præstitutum est, cum eorum operam

(27) Charond. 1. *Verisim.* 9. legit *a legato præstitutum*, id est tempus præfinitum, ut exponit, itaque Florentiæ legi perhibet. Joach. Steph. *d. C.* 12. *n.* 20. legit *quod legatis præstitum est*, nulla mentione variantis lectionis. Quomodo et legendum putat Forcat. *d. n.* 4. ut sensus sit. Pro residuo anni tempore ita demum etc. si jam præstitum sit ipsi præsidi ex ærario principis. Ex alia, ait, lectione, absonus sensus. Quid enim si sex anni præstituti, legatusque primo anno moriatur. Nunquid totius quinquennii salarium tribuemus? At nec hoc exceptiones subjectæ admittunt. Qui enim otiosus salario in tantum tempus potiri poterit, alii se assessorem non præbebit. Quin nec solebat præfiniri tempus, sed indefinite mittebantur, ut, si bene administrarent, diutius præsiderent, ac pro libitu eos princeps revocabat. Licet itaque non loquatur *d. L.* 4. de residuo anni: ita tamen accipi debet arg. *L.* 2. §. *ul. cum L. seq. Locati;* quia hoc tempus moderatum *L.* 13. §. *ul. eo.* ita Forcat. Quem ipsa *L.* 4. *in fin.* refellit verbis *ante tempus*, quæ convincunt omnino tempus præstitui solitum fuisse. Quanquam hoc largiendum, Principem id attendere necesse non habuisse, et ante id exactum revocare potuisse, quod et hæc ipsa lex arguit. Neque tamen facile aut temere,

conduceret. Verbum enim *præstitutum*, quanvis non minus commode ad salarium referri possit, malo tamen *ad tempus*, quod proxime ab eo abest. Sed utro referas, idem sensus. Nam cum quis alterius operam conducit, præsertim ad rem incertam et infinitam ut in nostro casu, certam mercedem pro certo tempore pacisci solet, puta pro anno, aut semestri. Quare si conductor, sive legatus, intra annum vel semestre decedat, nihilominus assessori debetur integri temporis, idest, totius semestris vel anni salarium, Ratio est non ex dignitate assessorum petenda, sed ex eo, quod insit bonæ fidei (28) judicio (quale hic est, locati conducti) ut opera certum ad tempus locata, si per locatorem non steterit, quo minus eam ad finem usque præstaret, id ei fraudi esse non debeat: ut scriptum est in *L. sed addes*, *§. cum quidam.* cui subjectus est continuo *§. Papinianus*, alias *L. diem functo*, *D. locat.* ubi continetur hoc idem Papiniani responsum, quod nunc interpretamur ex *tit. de offic. assessor.* nisi quod ea verba, quæ occasionem rixæ in hoc titulo dederunt, in titulo illo locati desunt: sed et extrema pars responsi, de qua postea, superioris sententiæ hæc subjicitur a Papiniano exceptio, nisi comites cum aliis eodem tempore (residuo illo scilicet) fuerint: quod idem generalius traditum est in *d. L. sed addes*, *§. cum quidam.* Neque enim æquum est duplices mercedes aliquem eodem tempore ex eadem opera, et adsessura capere. Non semper, vel assessores, vel alii reperiunt, quibus operam et ministerium suum adcommodent, aut locent. Igitur postulabat æquitas, ut pro eo quoque tempore, quod residuum est ex præstituto, integra merces eis persolvatur: quæ æquitas cessat, si eo tempore reperiant, quibus inserviant. Adjicitur in *d. L. diem functo*, *D. de offi. asses.* quod antea dictum est de legato mortuo ante tempus assessoris operæ præstitutum, non idem, sed diversum servari in legato, *qui successorem ante tempus accepit. Ante tempus* intellige, præmature, vel ante diem a legato cum assessore suo conventum. Non debetur igitur hujus assessori salarium residui temporis, ut deberi diximus assessori mortui. Sed quæ ratio? Vulgo illam adferunt, a qua nec (29) Alciatus abhorret *Lib. 4. dispunct. Cap. 4.* quod cui successor ante tempus a Principe datus est, is ob culpam remotus sit, cujus culpæ esse assessores participes intelliguntur: quod mihi ineptum, et nugatorium videtur: neque rationem aliam exquirendam puto, quam quod ita principi et legislatori visum sit: quod ipse propemodum innuit Papinianus, cum illis verbis utatur, diversum in eo servatur. Si quid tamen ariolari licet, existimaverim, sive ob delibonos principes id fecisse, admiserim. Plane si quid emendandum hic ducerem, delendam præpositionem *a*, quæ in editione Gothofredi lineolis inclusa est, dicerem. Quomodo sensus erit. Quod tempus Princeps, dum legatos in provinciam mittit, his expresse præstituit, annum forte vel bjennium, idem tacite præstitutum videri eorum comitibus *C. accessorium de R. I. in* 6. Proinde eo usque illis salarium præstandum esse. Sed ut manus penitus abstineam, malo dicere transitum fieri a singulari ad pluralem, quod nec alias insolens vid. Zas. *ad L.* 3. *§.* 2. *Quod quis jur.* quemque hic fieri arguunt verba sequentia, *cum aliis*, non dicitur *cum alio.* Et voculam *præstitutum* refero ad tempus. Quia cum magistratus ipse eligat assessorem *L.* 1. *C. h. t. L.* 10. *§.* 6. *de excus. tut.* utique et tempus illi præfinire potest. Quanquam si quis *præstitutum* ibi salarium dici malit, refragari admodum nolim, modo non itidem eam voculam jungat illis *a legatis*, sed per ellipsin subaudiat *præstandum.* Quomodo legati accipientur indefinite: nec numeri mutatio fiet. Sensus: salarium residui temporis, quod præstitutum a principe (constitutionibus Severi et Pescennii) *a* legatis quibuscunque, quia constitutio generalis, exsolvendum est: idem debetur mortuo aliquo Cæsaris legato etc.

(28) Non placet ratio Ant. Fabri *ad d. L.* 4. quia tempus cœptum in favorabilibus habetur pro impleto. Quid si assessor ante expletum tempus mortuus; An heredibus debetur integrum salarium? Negat Castrens. *in d. L.* 4. et Rosbach. *Process. Tit.* 7. *n.* 31. Contra alii per *L.* 1. *§.* 13. *de extr. cogn.*

(29) Et Coras. *ad L.* 4. *n.* 8. quod et reprobat Forcat. *Dial.* 62. *n.* 6. quia et citra indignationem principis successor datur *L.* 2. *in fin. pr. de his qui not. inf.* Quid enim si nobiliori provinciæ præficiat? Ipse putat inde esse. 1.° Quia crebior mutatio legati, quam mors. 2.° Defuncto præside in solatium amissi domini, salarium præbetur arg. *L. ult. C. de instit.* Et ut mulier vidua retinet viri dignitatem, atque intra annum ab heredibus alenda; ita assessor, mortuo præside, non plane privatus fieri intelligitur. Qui autem successorem accipit, uti ipse privatus sit, ita ejus qui fuerunt comites, pro privatis deinceps haberi convenit *L. cum principalis* 178. *de R. I.* Argute. Aliter Ant. Fab. *in d. L.* 4. quia facilius est, ut qui decessit pro vivo habeatur, cum potuerit vivere, quam ut qui successorem accepit, in eadem administratione persistere videatur. Aliter Duar. *ibid.* quia solebant principes suo arbitrio successores dare.

ctum remotus legatus sit; quoniam pœna cum sequatur, et familia forte, pecuniæque publicantur, non fuisse illi hanc calamitatem insuper infligendam, ut assessoribus reliquisque comitibus, etiam residui temporis salarium expendere debeat: sive ob Reipublicæ alia negotia revocatus est, aliive provinciæ, aut muneri præpositus, non debuisse caussam publicam principis, qui salaria solvit, damno, assessoribus, et comitibus quæstui esse. Præsertim (et hæc quoque nova ratio sit) cum successor legato mittitur, nulla intercapedine temporis intercedente, possunt comites vel huic successori se denuo conciliare, (quod facile erat, et forte in hujusmodi casibus usitatum) vel maturo sibi consulere. Quod contra accidit, legato diem functo: non enim ita cito alius subrogatur.

XXXI. Restat, ut de pœnis assessorum etiam cognoscamus. Variæ illæ sunt pro varietate delictorum variisque legibus, ac constitutionibus sanciuntur. Nam cum nihil sit in civitate magis retinendum, quam jus civile, ut alicubi Cicero scribit, tum in primis opera danda est, ut recte, caste, integreque jus dicatur ab iis, qui judiciis et jurisdictioni præsunt: id autem in assessoribus præcipue positum est, qui magistratibus, imperitis plerunque et indoctis, juris scientiam consiliaque subministrant. Quod ne ab illis perperam, et ex libidine fieret, diligentissime providendum fuit. Cautio in hac re multiplex, ut ex iis, quæ supra exposuimus de assessorum personis, intelligi potest: nunc de pœnis disserimus. Prima igitur illa cautio esse debuit, ut assessores idonei et juris ac morum sive consuetudinis forensis (πείρας καὶ νόμων ait Justinianus in *Novella*, 80.) periti eligerentur. Hinc juris imperitia atque imprudentia sic coercita est. Nam magistratus, si quid novi et iniqui juris statuerit, placuit ejus assessorem de eo teneri. *L.* 2. *D. quod quisque jur.* Magistratus ipse non tenetur illo Edicto, nisi dolus ejus in ea re arguatur: assessoris non solum dolus, sed et imprudentia punitur, *d. leg.* 2. Pœna magistratus, qui jus novum dixit, hæc edicto expressa est, ut is, quandoque adversario postulante, eodem jure uti debeant. *L.* 1. §. 1. *illo tit.* Sed an assessor hac pœna, vel hoc edicto teneatur, dubitare me fateor. Nam *d. L.* 2. nihil amplius ait, quom imprudentiam assessoris, propter quam jus aliter a magistratu dictum sit, quam oportuit, non debere magistratui officere, sed ipsi assessori. Edictum quoque prætoris de eo nominatim loquitur, qui magistratum potestatemve habebit: quod est ab assessore alienum: nullam enim jurisdictionem assessores, nullamque potestatem habent, ac ne cognitionem quidem absente magistratu plenam, ut supra demonstratum. Ad hoc, manifestum est, illo Edicto dolum duntaxat puniri, et injuriam, quæ animi propositum requirit. *d. L.* 1. §. 2. in fin. Cum ergo *d. L.* 2. dicit, imprudentiam assessoris ipsi nocere oportere, non debet id intelligi de pœna illius Edicti, quo non imprudentia punitur, sed injuria, atque dolus. Scio hæc (30) ab omnium sententia abhorrere. Omnes enim, quod equidem sciam, ita sentiunt, itaque *d. L* 2. accipiunt, quasi assessor, cujus imprudentia novum jus dictum est, illius pœna Edicti obligetur: quidam etiam calidius, (31) plerique imo, responsis jurisprudentium, quæ nunc consilia vulgo vocantur, eandem pœnam constituunt, Tiber. Deciano teste in *Apologia adv. Alciatum.* Quod mihi perabsurdum videtur: nec felicius P. Costalius, vir sane et eruditus et cordatus, ita interpretatur illa verba, *d. L.* 2. Cujus imprudentia jus aliter dictum sit, ut assessorem ipsum accipiat jus per imprudentiam dixisse, non autem magistratum: quo nihil a verbis *d. leg.* et a veritate alienius: jus dicit assessor? inauditum hoc in jure nostro.

XXXII. Illud et ipse, et alii recte (opinor) magistratum, si per imperitiam jus iniquum statuerit, dixerit, ipsum oportere teneri: quia imperitia unicuique imputetur

(30) Volunt enim ut Edicto illi locus sit, in magistratu quidem dolum requiri, in assessore vero imperitiam sufficere *d. L.* 2. Quia hic se pro jurisperito agit. Et scientiam igitur juris præstare debet. Munusque, quod suscepit, durius eum obligat, quam magistratum. Cum is plerumque nec jurisperitus fuerit, sed vir militaris, ex nobiliori familia, arma magis callens quam leges. Cujac 23. *Obs.* 40. dicens hoc ita Græcos notasse. Oldend. *Progymn. Clas.* 1. *Act.* 1. *P.* 5. Matth. Steph. 1. *de Jurisd.* 35. *n.* 19. *et seq.* Male autem Ant. Fab. *in d. L.* 2. verba, *sed ipsi assessori*, ceu imperiti interpretis damnat, quia edicto dolus solus coerceatur, et quidem jus iniquum statuentis vel impetrantis. Sed facilis resp. Dolus solus in magistratu ex dicta ratione. Assessor vero etsi jus dicentis nomine non veniat, jus tamen statuisse vere dicitur, cum magistratui quod diceret, suggessit, Confer. *supra Lib.* 17. *C.* 24. *N.* 5.

(31) Consultor ex consilio quando et quatenus teneatur, Joan. Bapt. Magon. *Cynos. advoc. C.* 45.

qui in aliquo officio degit. *L. ult. D. de extraord. cognit. L. illicitas*, §. *siculi*, *Digest. de offi præsid. arg. L. bonorum. D. de bonor. possessio.* Sed tenetur non edicto illo, quod quisque juris: in eo enim, ut teneatur, dolum requiri diximus. Sed actione in factum, vel aliter, *d. leg. ult.* de quo tamen vide *Librum XV. horum Commentar.* capite XXVII. et infra amplius dicam. Ad assessorem redeamus: qua igitur pœna eum teneri dicemus, si per imperitiam ejus aliter jus, quam oportuit, magistratus dixerit? an actione illa in factum, et extra ordinem punietur. Ut *d. L. ultim. de extraord. cognit.* Sed ea lex loquitur diserte de judice, non de assessore. Assessor non est judex, ut sæpe jam dictum. Mihi videtur Accursius, et cæteri verum dicere, magistratum ac judicem teneri de culpa imperitiaque, et assessorum, et sua, saltem actione in factum, juxta *d. L. ult.* Nec vero aliud Cujacius sentit *libro* 23. *observation. cap. ultim.* ubi scribit, eam actionem adversus prætorem, vel præsidem non dari, sed adversus judicem ab iis datum, qui per imperitiam male judicavit. Magistratus enim ideo non tenetur illa actione, quia non judicavit ipse, sed is, qui ab eo judex addictus est. Quod si magistratus ipse judicavisset, teneretur utique et ipse illa actione, sive dolo, sive imperitia male judicaverit: et propter dolum quidem semper: an et propter imperitiam, si assessores habuit, quorum est in judicando imperitiam secutus? etiam: ita enim interpretes nostri, magno consensu.

XXXIII. Sed hoc tamen ita recte quidam temperant, nisi assessor publicum testimonium doctrinæ suæ habeat, puta instrumentum publicum Doctoratus (sed non his temporibus, ac moribus, ut opinor) tunc enim excusari judicem volunt, et assessorem solum teneri: ut præclare tradit Salycetus in *L. ultim. Cod. de pœn. judic. qui male judic.* et probat Alexander ad *d. L. 2. D. quod quis jur.* Idque eo magis recipiendum est, si judex, id est, magistratus sit ipse imperitus juris ac legum, quales esse plerosque constat, cum viri potius politici, ac militares ad magistratus, et gubernationes provinciarum promoveantur, quam docti. Nec alia de caussa solus dolus eorum punitur illo Edicto, quem etiam præstare possunt ac debent, non imperitia juris, cum peritiam non profiteantur. Ex his efficitur, ut si assessores habuerit elegeritve magistratus non publice probatos, ut dixi, ex eorum et sua simul imperitia teneri debeat: si publice probatos, non debeat. Quo enim assessores illi additi, et quo horum assessorum publicum testimonium, si iis credens imperitus magistratus, nihilominus tamen puniatur? atque ita moderandum est, quod supra in *d. Lib.* 11. dictum est, *Capite* 27. Dixi autem, elegerit: nam si forte non elegerit, sed principes ipsi vel Respublica eos, vel mos loci dederit, non video cur eorum in hac re culpam præstare præses debeat.

XXXIV. Sed laudo vehementer Marci Tullii consilium atque sententiam, quam Q. Fratri exposuit *Libro* 1. *epist.* 1. *Atque inter hos; eos quos tibi comites et adjutores negotiorum publicorum dedit ipsa respublica duntaxat iis finibus præstabis, quos ante præscripsi. Quos vero, aut ex domesticis convictoribus, aut ex necessariis apparitoribus tecum esse voluisti, qui quasi ex cohorte prætoria appellari solent, horum non modo facta, sed etiam dicta omnia præstanda nobis sunt.* Hæc ille. Plus dico, fretus doctissimorum hominum authoritate, si magistratus vel judex sit ipse jurisperitus, temereque ac perperam cum assessore suo judicaverit, ipsum etiam magistratum teneri oportere: sicut Bartolo et aliis placuit, quos recitat ac sequitur acutissimi vir ingenii, Philippus Decius in *Consil.* 8. Ad summam, quicquid ab assessore sit, intelligente et adprobante magistratu, male ac nequiter; id æquum est magistratui nocere, cum prohibere pro imperio posset. Ut hic quoque valeat illud Lamiæ, qui dicenti Domitio, *vestra culpa hæc acciderunt, equites Romani; dissolute enim judicatis. Nos judicamus*, inquit, *vos laudatis.*

XXXV. Nunc, quando conveniri possint, videndum est. Et placuit post officium depositum eos conveniendos esse. De magistratibus clara res. *tit. Cod. Ut omn. judic. etc.* Idem Cicero *eodem loco*: Qui in magistratibus injuriose devenerant, eodem erat ipsis privatis jure parendum. Et clarius in Edicto, quod sæpe jam nomino, quod quisque juris, ita est, qui magistratum potestatemve habebit, si quid in aliquem novi juris statuerit; ipse, quandoque adversario postulante, eodem jure uti debet. *L.* 1. §. 1. *illo titulo.* In quibus Edicti verbis excidisse puto vocem POSTEA, reponendamque esse, hoc modo, QUANDOQUE POSTEA: ut sit, quandocunque, cum privati erunt, ut Cicero ait, et verum est. Vel (quod magis arbitror) ex sequenti clausula Edicti, tanquam errabunda, in hanc priorem clausulam (32) retrahenda est. Inepte enim illic legitur: in

(31) Nihil necesse est, imo nec debet.

Neque enim omnes magistratus, sed majo-

eo, qui impetravit novum jus a prætore, ut quandoque postea adversario ejus postulante eodem jure adversus eum decernatur. Certe quidem otiose. Satis enim erat dixisse, quandoque: at in magistratu non satis, ut dixi, quia tempore magistratus conveniri non potest, sed postea tantum. Quam conjecturam meam spero probabiliorem visum iri, quam eruditissimi Hotomanni, qui libris observationum, vocem illam, postea, nec reponit in priori parte Edicti, et in posteriori exterminat: quasi minus Latine dicatur, quandoque postea, quod equidem non arbitror. Hæc de pœna Edicti, quod quisque juris, cum scilicet prætor novum jus adversus aliquem statuit: quo Edicto is non potest aliquo certo et definito tempore uti, sed tum utetur (post depositum tamen a magistratu officium) cum ei res aut lis inciderit cum magistratu, postea privato, aliqua, in qua eodem jure adversus eum sibi jus dici postulet.

XXXVI. In cæteris rebus autem a magistratu injuste decretis ac judicatis tempus est a legibus definitum, intra quod tempus querelæ adversus eum introducantur. Quod vulgo, sindicatus appellant: conclusumque est quinquaginta dierum mora iis in locis, ubi præfuit. *L. unic. C. ut omnium jud.* Idemque et de assessoribus constitutum est in *L. consiliarios*, 3. *C. de assessor.* de pœnis mox.

XXXVII. Illa enim nunc non prætermittenda est quæstio, cum assessor de malo consilio teneatur, eaque semper præsumptio sit, quod magistratus male dissoluteque indicavit, aut decrevit, id assessoris esse consilio et culpa factum: Quid ei remedii sit ad hanc præsumptionem elidendam, pœnamque evitandam? Neque enim satis erit illi dicere, se magistratui iniqua decernenti non consensisse: appareat id atque demonstretur oportet, quia præsumptio illum contraria urget. Bene et sapienter Doctores nostri suadent, quoties tale aliquid, quod assessor improbet, judicandum decernendumve est, ut assessor contradicat magistratui, publiceque id protestetur, sententiam vel decretum illud se improbante et invito lata atque interposita, publice, inquam, idest, in jure et ad acta judicii. *Angel. in §. quoniam vero, in authen. ut nulli judic.* et in *§. omnem, in authent. de litigator.* quam cautionem et quod consilium recte sumpserunt illi ex *L. quoniam judices, C. de appellation.* quæ sint autem male judicantis pœnæ, supra indicatum est in allegato loco *libro* 15. et intra pluribus fortasse exponetur.

XXXVIII. De reliquis quoque pœnis, quas assessoribus leges et constitutiones principum imposuerunt pro veritate earum rerum, quibus eis interdictum est, puta ne in patria sua adsideant, ne subscribant libellis, ne eodem tempore duobus magistratibus adsideant advocative sint, ne intra L. dies ex provincia, in qua adsederunt, alio discedant: de harum rerum, inquam, pœnis operæ pretium est studiosos cognoscere ex illis ipsis legibus, quibus eæ interdictiones continentur, quæque a me supra allegatæ sunt. Nulla enim in iis cognoscendis occurrit obscuritas, ne quis nos operæ parcere suspicetur.

XXXIX. De pœna comprehensa in *d. L. quoniam judices*, et de pœna, *in authent. ad hæc, C. de judic.* sumpta ex *Novella* 62. quia et de interdictionibus earum nihil aut parum diximus, hoc loco explicatius dicendum est. Igitur in *d. L. quoniam*, imponitur judici ordinario, qui appellationem sine caussa accipere recusavit, pœna triginta auri librarum: eadem et officio ejus, nisi pertinaciter ei contradixerit ac restiterit: ubi officium (pro quo in *C. TH. eod. tit.* est, officialis) intelligere debemus assessores: ut ex verbis illis sequentibus apparet. *Et quid jure sit constitutum, ostenderit.* Hoc est enim proprium assessorum, magistratui jus suggerere atque ostendere, vel ut Justinianus loquitur, τὰ ἐκ τῶν νόμων ὑφηγεῖσθαι. Sed cum in Novella *de appellationib.* 126. *Cap.* 3. in judice sit hæc pœna immutata (illic enim damnum litis resarcire litigatoribus jubetur, et fisco principis denas libras auri solvere) quæremus, an et in assessoribus eadem pœna valere debeat? quod non puto, tum quia in assessoribus nihil expresse innovatum sit ea *Novella*, tum quia legum correctio, præsertim in pœnis, atque interpretatio asperior odiosissima sit, et ab ipsis legibus repudietur. Nisi dixeris non esse *d. Novellæ* pœnam graviorem. Sed potest certe esse gravior, et multo quidem, si lis tanti sit.

XL. Altera pœna, de qua dicere proposui, continetur in *authent. ad hæc, C. de judic.* Sed clarius et copiosius in *Novell.* 60.

res temporarii, dum in officio sunt, experiri nequeunt: vel absque vocula *postea* supponendi termini habiles. Tunc nempe adversarius postulare potest, ut eodem jure magistratus utatur, cum sibi contra eum judicio consistendi potestas fit. Alias frustra de eo quæritur.

*cap.* 2. unde est illa *authent.* decisa. Ac primo notandum est, distingui in *d. Novell.* judices, qui administrationem, id est, magistratum habent (quique administratores ab interprete vocantur recepto posterioribus Imperatorum temporibus vocabulo, in *d. Novell.* ἄρχοντας) ab iis, qui non habent, sed privati a principe delegati sunt: consiliarios etiam horum a consiliariis illorum. Deinde, id, quod ea Novella cavetur, tale est, in priori quidem genere judicum, sive in administratoribus, ut ii caussas cognoscant: assessores autem, ne sine magistratu eas audiant. Propter occupationes tamen negotiaque publica, quibus administratores distineri solent, concedit Justinianus, etiam antea Zeno, ut aliquam partem cognitionis mandare assessoribus expediendam possint, certosque terminos ei rei tales pegit: Ut magistratus (sive magistratus tantum sint, sive hoc præterea, delegati a principe, ut ex initio *d. cap.* 2. intelligitur, collato cum §. *sed hoc quidem*, qui est de privatis delegatis a principe) litis contestationem apud se fieri curet, ut in medio litis semel quæ acta sunt se absente, cognoscat, ut denique sententiam ipse ferat, sed et antequam ferat, omnia quæ in judicio examinata atque acta sunt, cognoscat et expendat. Sententia lata, ut appellationem quoque ipse recipiat. Judicem vero appellationis omnibus modis per se audire caussas jubet. Hæc sunt, quæ illa constitutione caventur. Sanctio autem hæc, si adversus ea quid factum fuerit, administrator quidem, ut viginti librarum auri pœna mulctetur: assessores autem, ut e collegio advocatorum ejiciantur: vel si advocati non sint, ut si quam habent dignitatem, ejus dignitatis cingulo priventur, inflicta præterea decem librarum aurei eis mulcta. Hæc de administratoribus, sive magistratibus, eorumque assessoribus et consiliariis. De altero genere judicum, qui scilicet administrationem nullam habent, sed a principe delegati sunt (quibus etiam solis privatis assessores habere, et judicem subdelegare licet, ut alias dictum) ita cavetur, ut ipsi, cum suis assessoribus, totas caussas cognoscant: assessores nihil magistratu absente gerant: pœnæque graviores superioribus sanciuntur: nam judici præter viginti librarum auri mulctam, dignitatum casum interminatur: consiliariis infamiam, et relegationem ex ea civitate, in qua aliquid ab iis admissum fuerit. Quas hodie tales pœnas necesse est in iis locis abrogatas esse, in quibus consuetudine aut lege municipali, seu statuto receptum est, ut assessores aliquam partem jurisdictionis habeant, et ipsi per sese judicare possint, ut supra quoque monuimus. Quod autem doctissimus interpres in *dicta Novella* 60. distinguit inter magistratus urbanos, et magistratus provinciales hominesque privatos a principe delegatos, ut quæ nos de magistratibus et administratoribus omnibus supra diximus, ea ipse ad magistratus urbanos; quæ nos de privatis et nullam administrationem habentibus, sed a principe judices datos, ea ad provinciales magistratus, et delegatos a principe privatos referat: adeo falsum est, tamque perspicue dictæ Novellæ verbis refellitur, ut me propemodum ejus sententiæ pudeat. Cujus forte ei caussa fuit, quod in *C.* 1. *præced.* in fin. distinctio quædam fit pœnarum inter magistratus urbanos, et magistratus provinciales, quos ἐπιχωρίους ἄρχοντας vocat. Sed illic de re longe alia, et quæ distinctionis illius rationem summam habebat, agitur: de atrocissimo, inquam, scelere eorum, qui debitoribus suis morientibus domi eorum vim impiam inferunt, vel ipsorum exequias turbant ac dissipant: qualem vim, qualiaque facinora, quominus verisimile est in urbe admitti in tanta copia magistratuum, tantaque in imperii, et quasi in oculis principis: ut est in eadem prope re traditum in *L. ult. D. quod met. cau.* eo magis ac severius, si quid tale in urbe acciderit, in magistratibus, si negligentes aut remissi in inquirendo et puniendo fuerint, vindicandum erat. His addenda est pœna, quæ in magistratus et consiliarios ejus gravissima sancitur in Novella, *Ut nulli Judic.* 134. §. *quoniam vero*: ubi interdicitur, ne pro reo criminis alicujus alius comprehendatur, quanvis concivis aut tribulis, neve pignorationes fiant: constituta, præter restitutionem damni, pœna exilii tam judici quam consiliario ejus, si factis a judice contra leges in scriptis consentiat, ut sunt verba dictæ Novellæ. Quod notandum est, non aliter hic teneri assessorem, quam si scripto, ἐγγράφως, consensum suum exposuerit: cum alias teneatur, si non palam et ad acta judicii contradixerit, ut supra demonstravimus.

## CAP. III.

De Advocatis: de horum usu, persona, officio, præmiis, ac pœnis.

*Tractandarum rerum methodus et partitio.* I.
*Advocatorum usus cum privatis, tum reipublicæ maxime necessarius.* II.
*De variis et maxime affinibus advocatorum appellationibus seu nominibus.* III.
*Quinam sint advocati.* IV.
*Quot partibus advocatus a procuratore differat.* V.
*Triplex ordo non postulantium.* VI.
*In priore minor annis 17. Hic prohibetur in totum. Postulare supra hanc ætatem, et procuratorem agere potest. Quid de jure canonico.* VII.
*Item surdus et quare.* VIII.
*In altero mulier, et qua de caussa pro aliis prohibetur, pro se postulare potest.* IX.
*Item cæcus. Mutus et surdus quare prætermissi.* X. XI.
*Item turpis persona. Quatuor hujusmodi genera proponuntur.* XII.
*Exceptio.* XIII.
*In tertio qui pro se tantum et certis personis postulant; ex indulgentia: sed pro aliis omnibus prohibentur.* XIV.
*Exceptio.* XV.
*Summa personarum non postulantium.* XVI.
*Nec ille potest esse advocatus, cui sit interdictum. Quot et quibus alicui id interdictum modis.* XVII. XVIII. XIX.
*Debet advocatus esse disertus.* XX.
*Probari duplici examine, et quali.* XXI.
*In matriculam recipi qui de statuto numero esse velit.* XXII.
*Talis etiam libertus esse potest, si in jure sit eruditus.* XXIII.
*Non tamen clericus nisi in certis caussis.* XXIV.
*In qua quis caussa est advocatus, in ea judex aut testis esse prohibetur.* XXV.
*Postulare non potest, adversario licet consentiente, qui prohibetur.* XXVI.
*Officium advocati ex quibus LL. petendum. Consistit 1. in eo ut clienti suo sit assiduus.* XXVII.
*2. Ut illi verum justumque suggerat, et improbam caussam deserat, ubi talem agnoverit.* XXVIII.
*Quid si plures ejusdem caussæ patroni, neque omnes idem postea sentiant de caussæ justitia.* XXIX.
*3. Ut non sit prævaricator. Qui talis, et qua mulctandus pœna.* XXX.
*4. Ut temperet a maledicto, neve alias litem de industria protrahat. Pœna maledicentis infamia.* XXXI.
*5. Ut de lite non paciscatur, dum agitur. Lite peracta, secus. Quid si contra fecerit.* XXXII. XXXIII.
*6. Ut judici obsequatur, cum ab illo assignatur alicui advocatus; et cui.* XXXIV.
*7. Ut non absit a foro suo præter indultum a jure vel judice tempus: et hoc quale. Quæ vetitæ absentiæ pœna.* XXXV.
*Pœna advocatorum ex officii neglectu quadruplex. Ex superiore tractatu petenda.* XXXVI.
*Præmiorum quæ advocationi respondent divisio multiplex.* XXXVII.
*De pluribus advocatorum præmiis.* XXXVIII. XXXIX. XL. XLI. XLII. XLIII.
*De præmiis indultis advocatorum liberis, et heredibus.* XLIV. XLV.

1. Absolutis iis, quæ de judicibus et assessoribus dicenda erant, proximum est ut de Advocatis videamus. Nam inter eas personas quæ caussas in judicio tractant alienas, hi merito principem dignitatis locum obtinent. Ut autem hic quoque via et ordine tractatio nostra procedat, tria potissimum explicanda videntur: De advocatorum persona, et quid in ea leges requirant: ubi simul inter Advocati et Procuratoris personam, quantum intersit demonstrandum erit: De eorundem præmiis ac privilegiis, quibus per Imperatores maxime donati sunt: De eorum officio ac munere, quod vel ipsis clientibus, vel judici prestare debent, ejusque violati pœnis: Denique de eorum potestate, quam in susceptis caussis obtinent. Quæ capita prinsquam ordine exponamus, non alienum videtur initio tum de necessario Advocatorum usu pauca præfari, tum de vi ac significatione verbi, et quibus præterea nominibus Advocati denotentur. Hanc enim de juris aliqua parte commentandi rationem Jurisconsultis, maximeque Ulpiano, fami-

liarem esse novimus, ut vel a commendatione ejus argumenti, quod est præ manibus, ostensa ejus utilitate ac necessitate, vel a verborum explicatione primordium capiat. Quorum quidem posterius quasi pro regula ab eodem Ulpiano traditum est, in *L.* 1. *D. si cert. pet. de reb. cred.*

II. Igitur ut hinc ordiamur, Advacatorum usus non minus in civili vita necessarius est, quam Procuratorum, quibus valde, ut infra apparebit, affines sunt. Horum porro usum perquam esse necessarium, alibi a nobis demonstrabitur, ex Ulpiano in *L.* 1. §. *pen. D. de Procurat.* et ex *tit. Instit. De his per quos ager. poss.* Non omnium ea est vel juris ac legum peritia, vel fecundia, ut in jure apud eum qui jurisdictioni præest, desiderium suum exponere, vel alterius desiderio contradicere possint: quorum prius actorum, alterum reorum fere est. Quid quod etiam hi, qui facundia vel jurisperitia forte non destituuntur, variis sæpe casibus impediuntur quo minus suis ipsi rebus adesse possint? Ex quo facile est intelligere, nisi (1) talibus juris sui vel persequendi vel defendendi viam facultatemque præclusam esse volumus, aliorum hic operam requiri. Ii autem sunt Advocati, quorum est patrocinia desiderantibus præstare. *L.* 2. *C. de postul.* patrocinia jurgantibus præbere. *L.* 6. *C. eod. tit.* Caussarum patrocinium profiteri, et caussas (2) orare. *L.* 9. *C. de Advocat.* caussas agere. *L. pen. D. de postul.* negocia perorare. *L.* 11. *C. d. t.* vel etiam absolute, orare et perorare. *L.* 6. §. *apud urbem, C. de postul. L.* 13. *petitionem, C. de advoc.* 1. advocationem præstare et (3) adesse. *L.* 6. *puto*, *L. ult. D. de postul.* caussis

(1) Quin et expedit caussam propriam, peritissimi etiam per alios agi. Cum in sua caussa facilius quem consternari, voce vel mente deficere contingat, minusque quis affectibus temperare possit, quam in aliena. Nam et Cic. teste Dione *Lib.* 31. Longe aliud esse, dixit, et facilius pro aliis verba facere, quam pro se consulere, etc. P. Gregor. 49. *Synt.* 6. *n.* 36. ubi apud suos receptum perhibet, ne quis caussam suam orare, aut saltem perorare possit. Sicuti et moribus Sabaudiæ cautum, ut quantæcunque doctrinæ quis sit advocatum quærere, vel petere cogatur, ne per iram vel excandescentiam quid temere excidat. Anton. Fab. *ad L.* 1. §. 15. *hoc tit.* Confer. Magon. *Cynos. advoc. P.* 2. *Cap.* 43. *n.* 3. *et* 4. De laudabili, vitæque hominum necessario advocationis officio, ut vocat *L.* 4. *pr. Cod. de advocat.* 2. vid. Gail. 1. *Obs.* 43. *n.* 4. fuse Tiraq. *de Nobil. Cap.* 29. Magon. *Cynos. advoc. P.* 1. *C.* 6. *n.* 18. *et seqq. et P.* 2. *Cap.* 1. Caccialup. *de Off. adv. Quæst.* 1. ubi *n.* 4. *et* 5. Servatorem nostrum illud exercuisse pro discipulis suis, Matthæi 12. *v.* 3. pro muliere adultera, Joh. 8. *v.* 7. pro Maria Magdalena tertia vice; et Marta *de Jurisdict. P.* 4. *Cap.* 115. *n.* 2. Idem Caccial. *Quæst.* 2. esse opus misericordiæ, meritorium apud Deum.

(2) Orare enim veteres, pro agere, dixerunt. Et inde Oratores Fest. *Lib.* 13. Nec placet quod Pollet. 2. *Hist. fori* 6. ab orando, id est deprecaudo deducit, quasi caussa non tam rationum momentis, quam ot orationis, precibusque artificiosis expugnato judice obtinenda sit.

(3) Superesse alicui hoc sensu non in plebe vulgaria, sed in foro ac comitio usurpatum, refert A. Gell. 1. *Noct.* 22. sed ceu minus integrum rejicit. Quem vereor ut jure, eo nomine damnent Pollet. 2. *Hist. fori* 1. quasi ita Plaut. *Milite* 2. *Sc.* 4. *initio*, mihi sola ego supersum, id est meam caussam streaue agam, et jurisconsulti *L.* 1. *de Procurat.* et Phil. Broidæ. *ibid. in Corol.* addens *Leg.* 10. *Ex quib. ca. mai. L.* 12. *de tut. dat. L.* 57. *de re jud. L.* 2. *de cur. fur. L. penult. de vac. mun.* Nam locus Plauti aliter in vulgatis legitur; et de ejus vera lectione, et sententia multa lis. Longe vero alia locutio superesse rebus suis, ut dd. LL. et superesse alieni. Sed et Antistites, an recte dicantur advocati, ut Pollet. *d. loc.* æque ac magis dubito. Plane adesse hi litigatoribus dicuntur, non autem præesse Unde male apud Cicer. 1. *de Orat.* verbum *præesse* de advocatis accipi monet Briss. 1. *Antiq.* 20. Dicuntur et postulare *tit. D.* et *C. de postulat.* Quod est, ut *L.* 1. §. 2. *hoc tit.* desiderium suum, vel amici sui, in jure, apud eum, qui jurisdictioni præest exponere (quod actoris) vel alterius desiderio contradicere (quod rei) ubi verba *vel jure etc.* excludunt judices datos. Ac sane edictum de magistratibus conceptum fuisse minus dubium, cum et in *L.* 1. §. 2. *h. t.* dicatur Prætorem, in hoc suæ dignitatis, et decoris rationem habuisse, et *d. l.* 1. §. 5. in cæco hæc reddatur ratio, quod insignia magistratus revereri nequeat. Quæ judicibus datis non conveniunt, Duar. *h. t. C.* 4. *et* 1. *Disput.* 1. Nolim tamen cum eodem et A. Fab. *ad d. L.* 1. §. 2. ac Wes. *Par. hoc t. n.* 4. statuere, vim edicti per SC. ad judices delegatos porrectam esse *d. L.* 1. §. 6. vers. *item Senatusconsulta.* Malo cum Revardo pedaneos ibidem interpretari magistratus minores, ut *supra Lib.* 17. *Cap* 21. *N.* 7. *sub fin.* Nec SC. extra caussas illas duas, de quibus *d. vers.* forsan proferendum. Postulare enim, ut *L.* 4. §. 8. *de dam. inf.* proprie est pro tribunali petere, non alibi. Tribunal autem, nec magistratus illi minores habuere, ut *supra d. N.* 7. Et postulari cum primis dicebantur, quæ imperii magis quam jurisdictionis, vid. Gœd. *ad L.* 10. *de V. S. n.* 3. *et* 4. Certique erant dies postulationum, a diebus sessionum et cognitionum distincti *L.* 2. §. 1. *et* 2. *Quis ordo in bon. poss. L.* 73. §. 1. *de judic.* Ræv. *Protrib. Cap.* 1. qui et *Cap.* 9. illos com

agendis quoquo studio operari. *L.* 1. §. *advocatos*, *D. de extraord. cognit.* Denique, (4) fata ambigua caussarum dirimere. *L.* 14. *Advocati*, *C. de Advoc.* 1. Tot enim fere sunt formulæ quibus Jurisconsulti et Imperatores Advocatorum munus exprimunt. Adeo autem Pretori necessarii sunt visi Advocati, ut iis qui patronum invenire non possent ( id quod sæpe contingit, vel ambitione adversarii, vel metu, vel aliis ex caussis ) ipse se daturum polliceatur: Qua in re ipsis humanitatem exhibere dicitur. *L.* 1. §. *ait prætor*, *D. de postul.* Est enim humanum neminem relinquere indefensum, nemini patrocinium denegare: cum nihil tam naturale sit, quam sui defensio. *arg. L.* 3. *D. de just. et jur.* Quomodo et Proconsulis est non tantum petentibus, et se per adversarii potentiam non invenire dicentibus indulgere, sed etiam nemine petente ultro advocatos dare fœminis, pupillis, vel alias debilibus vel his qui suæ mentis non sunt. *L.* 9. *nec quicquam*, §. *Advocatos*, *D. de off. Procons.* Imo etiam ad judicis delegati officium hoc pertinet. *d. C.* 1. *ex. de offic. Judic.* Neque vero privatis tantum et singulis hominibus hoc advocationis officium utile et necessarium est, sed Reipublicæ quoque expedit, habere caussarum patronos, quorum gloriosa voce, vel rei tergiversantes convincantur, et condemnentur, vel innocentia adversus calumniantium malignitatem defendatur atque asseratur: Itaque suum quisque Magistratus et judicis auxilio obtineat. Huc enim omnia in jure nostro referuntur, ut jus suum cuique tribuatur, quemadmodum jam sæpe diximus, et dicendum est sæpius. Quare merito Imperator Anastasius laudabile, vitæque hominum necessarium Advocationis officium vocat. In *L.* 4. *C. de advoc.* 2. et Advocatorum egregia in Rempublicam merita et laudes alii Imperatores illustri oratione prædicant (5) in *L.* 14. *advocati*, *C. de advoc.* 1. quam cuivis in promptu est legere, neque huc nobis transcribere visum.

III. Ex his quæ diximus nemo non videt, quam necessaria de caussa Advocati in usum venerint, et quam minime his vita hominum carere possit. De verbo, ejusque notione, et aliis idem vel pene idem significantibus videamus Complures sunt qui pro altero in judicio interveniunt. Est Procurator, est Defensor, est (6) Advocatus: erat olim et cognitor, et orator seu patronus. Hic enim ab Advocato differebat, ad eum modum quem nobis exposuit Asconius Pædianus *Commentar. in Cic.* Divinat. *Qui defendit* ( inquit ) *alterum in judicio, aut* (7) *patronus dicitur, si orator est: aut advocatus, si*

perendinos vocari Macrobio 1. *Saturn.* 16. Unde apparet ex parte hac una strictiorem esse postulationem advocatione; ex parte altera latiorem, cum pro se postulans advocatus sibi ipsi dici nequeat, Anton. Fab. *ad L.* 1. §. 4. *hoc tit.* etsi hæc fere confundi soleant. Rosbach. *Process. Tit.* 18. *n.* 2. *et* 3.

(4) Sic fata caussarum *L.* 3. *Cod. de LL.* disceptationibus *L.* 41. *C. Th. de app.* Unde dies fatales, infra *Lib.* 28. *Cap.* 7. Et ita quoque recte *L.* 1. *Cod. de off. civ. judic. L.* 2. *Cod. Si per vim vel al. mod.* Nec assentior Cujac. 16. *Obs.* 9. pro *fata* utrobique *facta* reponenti. Uti nec quod utrumque recte dici, probari probat ex illo Pacati: *Nolo miserorum vel factum onerare vel fatum.* Neque enim eadem ratione factum caussæ dicetur, qua hominis.

(5) Quam versibus disparibus reddit Toming. *Orat. de stud. jur.* vid. *supra N.* 1.

(6) Specialiori scilicet significatu. Nam generalis latissime patuit. Et ampliori verbi usu dicti advocati, quod advocentur, ut partibus adsint Terent. *Adelph.*

*... Adversusne illum caussam dicerem,*
*Cui veneram advocatus? .........*

qui litigantibus aut operam commodarent vel locarent, vel etiam præsentiam mutam et segnem, et gratuitam vel venalem sisterent, ut Pollet. 2. *Hist. fori* 1. Cujusmodi esse, ait, patronos, caussidicos, cognitores, subscriptores, pragmaticos, submonitores, custodes, laudatores, qui honorariam præsentiam commodabant, et denique testes. Sic enim putat apud Plaut. *Pænulo Act.* 3. *Sc.* 5. eosdem testes et advocatos vocari. Sicuti et *Sc. præced. initio.*

*.... Quid voltis testes .......*

*Et eod. Act.* 3. *Sc.* 1.

*Nunc vos quia mihi advocatos dixi,*
*et testes ducere.*

Qua de re Langlæ. *Lib.* 4. *Otii semestr. C.* 2. Sic et vocationem testium advocationem vocari in *L.* 20. *ad L. Corn. de fals.* scribit P. Greg. 49. *Synt.* 6. *n.* 5.

(7) Cic. *pro Cluent. pag. mihi* 376. *Quis eum non modo in patroni, sed in laudatoris aut advocati loco viderat.* Oratorum vero amplius munus fuisse, quam patronorum, docet Pollet. 2. *Hist. fori* 6. quod hi tantum in litibus agendis occupati in judiciali solum, illi vero in tribus caussarum generibus, Demonstrativo quoque et Deliberativo, versarentur, e foro in rostra, in Senatum transirent, legati ac fœciales ad exteros mitterentur etc. Virgil. 12. *Æn.*

*Centum oratores prima de gente latina*
*Ire placet. ...............*

Non. Marcell. *de Propr. serm. lit. O.* Diversi autem olim Rhetores, magistri scilicet

*jus suggerit, aut* (8) *præsentiam suam commendat amico: aut Procurator, si absentis negotium suscipit:* (9) *aut cognitor, si præsentis caussam novit, et sic tuetur ut suam.* Sed hæc valde immutata sunt temporibus. Nam primo quod Asconius cognitorem nominat, sciendum est Justiniani ætate, horum nullum amplius fuisse usum. eaque re, si quando in veterum Jurisconsultorum scriptis cognitores positi fuerunt, horum mentionem omnem compilatores Pandectarum deleverunt. Argumento est. *L. si quis aliquid, §. si quis instrumentum, D. de pænis:* si eam conferas cum sententia Pauli relata in *lib.* 5. *tit.* 25. In sententiis Pauli bis nominatur cognitor, et recte, quia Pauli seculo erat etiam in usu fori. At in *d. L. si quis aliquid, §. si quis instrumenta*, omittitur, ne quid scilicet obsoletum in legibus Justiniani auspicio compositis inculcaretur, sed ea tantum ponerentur, quæ in ipsis rerum argumentis obtinerent, ex mandato Imperatoris in *L.* 2. *C. de vet. jur. enucl.* et in *proœm. Instit. et Pandect.* Olim autem cognitores maxime in caussa status interveniebant, ut alii ante nos docuerunt ex Donato in *Adelph. Terentii*, et Ascon. Pæd. in 3. *Verrin.* Deinde quod Asconius patronum ab advocato separat, id suo quidem ævo convenienter dixit: verum hoc quoque postea mutatum est, iidemque dici cœpti patroni caussarum, qui et advocati. Olim sane Advocati dicebantur, quicunque amico in caussa aderant officii gratia, tametsi nihil neque dicerent, neque agerent seu perorarent. Sed tandem (10) Patroni caussarum dicti sunt Advocati, cum non amplius mutam (ut sic loquar) præsentiam, sed orationem suam reis commodarent. Eosdemque vulgo causidicos vocabant, teste Quintiliano *lib.* 12. *cap.* 1. Sic sæpe in legibus nostris patroni caussarum ac litium dicuntur. Dixi Advocatos, etiam Causidicos appellari. Testatur hoc primum Quintilianus *d. loc.* Et notus est omnibus versus Claudiani:

*Causidici lites, aurigæ somnia currus.*

Sic usurpatur in *L.* 6. *quisquis, et L.* seq.

qui artem dicendi docebant et profitebantur, et oratores qui quæ edocti, in actum usumque deducebant, Fab. Victorin. *in Rhetoric. Cic. in Proem.* Pollet. 2. *Hist. fori* 5. add. Ant. Aug. *Lib. sing. ad Modestin. p.* 242. Perot. *Cornucop. ad* 10. *Martial. Epigr. f.* 648. Jul. Scal. *de Subtil. Exerc.* 1. *Sect.* 3. *Oratoria*, ait, *Politicæ pars, Rhetorica Logicæ; illa ornatum apponit ad persuadendum; hæc illius instrumentis utitur.* Sed hoc discrimen exacte non observatur. Sic Rhetor pro Oratore, A. Gell. 1. *Noct.* 6. *etc.* Patroni v. *L.* 4. *L.* 6. *pr. C. de postul. L.* 1. *L.* 5. *L.* 14. *C. de adv.* 1. dicti quasi patres. Appellatione hac in forum deducta, vel a patronis libertorum; quod sicuti hi a miseria servili liberant, ita illi obnoxios potestati judicum, a periculo litis, Valla 4. *Eleg.* 12. Vel, quod magis videtur, a patrocinio plebejorum, quod patricii suscipiebant, (de quo vid. *supra Lib.* 2. *C.* 17. *N.* 1.) ut Pollet. 2. *Hist. fori* 10. Sic namque et rei clientes dicuntur, æque suis defensoribus et Oratoribus obnoxii.

(8) Etsi nudam, ut amici, qui officii caussa comitabantur, nec voce, sed habitu, et nutu reis aderant. Quorum magnam sæpe catervam secum ducebant, Liv. *Lib.* 3. *Virginius cum ingenti advocatione*, (id est concursu civium in commiserationem accersitorum) *filiam in forum adducit.* Cic. *pro Quintio: nihil tam copiosa advocatione uterer, si petendum esset etc.* Plaut. *Epidic.* 3. *Sc.* 3. Res magna amici apud forum agitur, ei volo ire advocatus. Qui Græce Paracleti, Pollet. 2. *Hist. fori* 1. tradens hanc antiquissimam advocatorum originem et usum, dum nulli adhuc essent caussidici, et advocati, quos nunc vocamus. Quin et qui extra judicium amicis ad defensionem accersiti, Terent. Eunucho. Volo ego hic adesse vobis advocatus in turba hac. Cic. *pro Cæcinna. Qui ad possidendum prædium se contulit cum advocatis, quorum præsidio ab adversarii injuria tutus esset etc.*

(9) De quibus *rub. L. pen. et ultim. Cod. Th. de Cognit. et Procur. Lib.* 2. *tit.* 12. 2. *Sent. Pauli tit.* 2. a Procuratoribus hoc differebant, quod pro præsente interveniebant, vid. Duar. *ad L.* 1. *de post.* P. Gregor. 49. *Synt.* 4. *n.* 2. Alc. 2. *Parerg.* 5. Gifan. *ad Rub. D. de Procur. n.* 54. *et* 2. *seq.* Rob. 2. *Sent.* 1. Poll. 2. *Hist. fori* 2. ubi docet, quod si præter operam etiam jus suggererent: alio nomine indito, vocatos formularios vel Legulejos, Græce Pragmaticos. Quorum usus cœperit post subreptos et evulgatos a Cn. Flavio Pontificum libros, quibus legis actiones et formulæ descriptæ *L.* 2. §. 7. *de O. I.*

(10) Cujac. *in Par. Cod. de advocat. div. judic.* Hodie, ait, his nominibus abutimur, et advocamus patronum ut agat litem nostram, invocamus judicem, vocamus adversarium, evocamus testem. Jure Canonico advocati pro defensoribus ac patronis ecclesiarum ac cœnobiorum *Cap.* 17. *Quæst.* 1. *princ. Cap. salvator* 8. *circa med. Cap.* 1. *Q.* 3. *C. quia clerici* 8. *de jure patro.* Menoch. *Arb. Cap.* 494. Gilman. *Lib.* 1. *Decis. Cap.* 1 *n.* 157. Quo sensu Imperator advocatus sedis apostolicæ *Cap. venerabilem* 34. *cir. med.* vers. *numquid de elect.* et ecclesiæ *Clem. un. de jurejur.* vid. Lupold. de Babenberg. *de Jure regni et imp. hom. Cap.* 9. Knich. *de Sublimi territ. Jure Cap.* 4. *n.* 325. *et seqq.* Paurmeist. 2. *de Jurisdict.* 9. *n.* 19. *et seqq.* Waremund. de Erenberg. *Meditam. pro fæder. Lib.* 1. *Cap.* 4. *num.* 14.

*C. de postul. L.* 2. *et L. ult. C. de advoc.* 1. Similiter apud Ciceronem, Juvenalem et Martialem. Rationem nominis reddit Apulejus *Apolog.* 1. inqujens, eo patronos litigatorum causidicos nominari, quod cur quæque facta sint, expediant. Possumus etiam simplicius, et fortasse verius afferre Etymon, quod advocati caussam dicant, et orent. sive perorent. *L.* 9. *si quis, et L.* 11. *nemini*, in fin. *L.* 13. *petitionem. C. de advoc.* 1. Quomodo et alias caussam ex vinculis dicere. *L.* 25. *lege Cornelia, D. ad Senatuscons. Syllanian. L.* 2. in princ. *D. de custod. et exhib. reor.* et apud Livium *lib.* 39. Item caussas in foro dicere: de ambitu, de capite suo, beneficii caussam dicere. Exempla apud Ciceronem, Quintilianum et alios passim obvia. Hinc apud Marcellinum *lib.* 30 (11) Causidicina pro ipso causidicorum seu advocatorum munere, quod etiam advocatio passim dicitur. *Ad ultimum* ( inquit ) *id habet Causidicina cum cæteris metuendum et grave, quod hoc ingenitum est pene litigantibus cunctis, ut cum jurgia mille casibus cadant: accidentia secus in potestate esse existiment patronorum, et omnem certaminum exitum iisdem soleant adsignare, et non vitiis rerum aut iniquitati aliquoties disceptantium, sed solis defensantibus nascantur.* Postremo advocati sæpe etiam (12) togati appellantur, maxime in constitutionibus Imperatorum, et toga ipsum eorum officium. Cum enim advocatorum munus in primis honoratum sit, honestus etiam (13) vestitus ipsis convenire videbatur. Nam talis quisque habetur, quali vestitu utitur, *arg. L.* 15. *Item apud Labeonem*, §. *si quis virgines, D. de injur.*

IV. Sed jam satis multa de verbo: Ex quibus simul et hoc intelligi potuit, quinam essent Advocati: nimirum advocatos accipere debemus omnes omnino, qui caussis agendis quoquo studio operantur. Ut definit Ulpian. in *L.* 1. §. *advocatos, D. de extraord. cognit.* ubi eos ab advocatorum numero removet, qui quid pro tractatu non adfuturi caussis accipere solent.

V. Porro ne quis forte per imperitiam confundat ea officia, quæ inter se quidem adfinia, sed reipsa tamen distincta sunt, quantum Advocati a procuratoribus (14) distent, breviter hic indicandum est. Differunt Primo quoad constitutionem. Nam Advocatus tantum ad judicium constituitur: procurator vero tam ad caussas et lites, quam ad negocia extrajudicialia. Deinde procurator per mandatum constituitur. *L.* 1. *D. de procur.* Advocatus est sine mandato: certe nulla usquam reperitur mentio de ejus mandato.

(11) *L.* 188. *C. Th. de decur. lib.* 12. *tit.* 1. Sicuti Tertull. *de Pallio* juridicinam, et Apulei. *Lib.* 7. judicinam. Male vero Johan. Bapt. Magon. *Cynos. advoc. P.* 2. *C.* 1. *n.* 14. *et Cap.* 3. *n.* 1. Caussidicos vocari Procuratores, statuit. Quod refellit *d. L.* 188. item Tacit. sive ut alii Quint. *Præfat. Dial. de Orat. Nostra ætas deserta et laude orbata, vix nomen ipsum Oratoris retinet, neque enim ita appellamus nisi antiquos. Horum autem temporum diserti caussidici, et advocati, et patroni, et quidvis potius: quam Oratores vocantur.*

(12) *L.* 3. 5. 6. 8. 9. *Cod. de advoc.* 1. *L.* 13. §. 9. *Cod. de judic.* Plin. *Lib.* 1. *Epist. ad* Minutium. *Officio togæ virilis interfui, ille me in advocationem, ille me in consilium rogavit.* Toga enim amictos oportuit non tantum qui caussas orabant, sed et qui comites in forum deducebant, patronum actorum, ut Pollet. 1. *Hist. fori* 10. De quo et quæ togæ omnibus civibus communes, quæ Oratorum, quæ harum figura, etc. vid. Pollet. 2. *Hist. for.* 8. Ald. Manut. *Lib.* 3. *de Quæsit. per epist.* Val. Guil. Forst. 1. *Obs. Succis.* 21. Fopp. ab Æzema 2. *Dissert.* 7.

(13) Et veteres Oratores diligentissimi in cultu apto et amictu decenti. Pollet. 2. *Hist. fori* 8. *pag.* 151. Ac expedire notat Lud. Rom. *Singul.* 353. ut advocatus nitori cultus operam det, cum vulgus ignobile facundiam habitu sæpe (ut verba Symmachi 1. *Epist.* 29. in re simili mutuer) metiantur Juvenalis *Satyra Septima.*

*. . . . . . . Purpura vendit.*
*Caussidicum. vendunt Amethystina, convenit illis*
*Et strepitu et facie majoris vivere census.*
*Ut redeant veteres, Ciceroni nemo ducentos,*
*Nunc dederit nummos, nisi fulserit annulus ingens.*

De vestitu advocati congruo, vid. Speculat. *hoc. tit.* §. *sequitur.* 2. Magon. *Cynos. advoc. P.* 1. *Cap.* 5. *n.* 29. *et seqq.* De cultu viris conveniente Tiraq. *L. Connub.* 3. *n.* 16. *et seqq.*

(14) Cujac. *in Par. C. de Procur.* Advocati personam suscipiunt, Procuratores negocium. Inde advocato est susceptus et cliens, procuratori mandator et dominus. P. Gregor. 49. *Cynt.* 6. *n.* 6. Procurator administer est, apparitor seu executor advocationis, vicemque personæ absentis sustinet. Patronus, præsentem quoque sua auctoritate, consilio, opera adjuvat. Plenius de his differentiis Gifan. *ad Rub. D. de Procur. n.* 10. *et seqq.* sexdecim percensens, et duas alias reprobans, 1.° Quod Procurator possit esse testis in ea caussa, advocatus non. 2.° Quod Procurator nequeat esse major 17. minor 25. annis.

Differunt Secundo quod advocatus habet clientem cui patrocinium præstet, sed procurator dominum vel mandantem: qui ei, quid agere debeat, præscribit. Tertio, in advocato requiritur juris peritia et facundia: ut infra dicemus. In procuratore hæc non requiruntur. Nam Advocatus caussam clientis sui orat, et jus ei suppeditat. Procurator tantum administrationem caussæ sustinet: ipse caussam non orat, sed Advocato instrumenta et cognitionem totius negocii subministrat. Hinc est, quod Advocatus concipit libellos forenses, preces et alia id genus scripta, quæ ad lites pertinent: Procurator hoc non facit, quatenus est procurator. *L.* 3. *et tot. tit. C. de error. advocat.* Quarto, Procurator satisdat in judicio, secundum ea quæ traduntur in *tit. Instit. de satisdat.* Advocatus nihil cogitur satisdare. Quinto, contra Advocatus in judicio præstat jusjurandum solemne ac legitimum, præscriptum in *L. rem non novam*, §. *patroni*, *C. de jud.* nihil tale ex jure nostro procurator. Sexto, Procurator post litem contestatam dominus litis constituitur: advocatus non item. *L.* 1. *C. de error. advocat.* Septimo, Advocati munus magis laudibile est, majoremque habet annexam dignitatem, quam procuratoris, quod est (15) vile, adeo ut etiam infames ad hoc admittantur: cum Advocatus fieri infamis non possit. DD. ad *L.* 1. §. *hoc edicto*, *D. de postul.* Accurs. ad §. *ult. Instit. de except.* Nisi quod procuratoris Cæsaris officium plenum et dignitatis fuit et potentiæ. *L. nemo præfectus. C. de dignit. Lib.* 12. *tot. tit. D. de offic. procurat. Cæsar.* Aliud tamen est ex jure Canonico, quo (16) infamis persona procurator esse nequit. *C.* 1. et 2. 3. *Q.* 7. Quod tanquam honestius etiam mores nostri fere sequuntur in bene constitutis judiciis. Octavo, Hinc sequitur quod Advocati multa habeant præmia et privilegia, de quibus infra. His procuratores carent. V. G. Advocati salarium, si sit filiusfamilias est ipsius peculium quasi Castrense. *L.* 4. *et L.* 8. *C. de advocat.* 1. Procuratoris salarium hoc jure non censetur. Nono, advocatus potest adhiberi omnibus caussis, et tam in (17) criminalibus, et popularibus, quam in civilibus judiciis: procurator iste vero tantum in civilibus et privatis. *L.* 32. *servum*, §. *publice. L.* 42. *licet*, *D. de procurat.* Decimo, Procurator, si male caussam administret, mandati tenetur. *L. si Procuratori*, *D. Mand.* Advocatus tantum de dolo, si scilicet prævaricetur. *L.* 1. *Cod. de advocat.* 1. *L.* 1. §. 1. *et L.* 3. §. *quod si advocato. D. de prævaricat.*, et punitur extra ordinem, ut infra exponam.

VI. De Persona Advocati videamus, quæ ac quot in ea requirantur. Ante omnia necesse est, ut advocatus sit is, qui pro alio postulare possit. Possunt omnes qui non prohibentur. Quare ut in cæteris edictis prohibitoriis, ita hic quoque cognitis personis prohibitis, eadem opera etiam cognoscemus quibus permissum sit esse Advocatis. *arg. L.* 8. *qui accusare*, *D. de accusat. L.* 43. *mutus*, §. 1. *D. de procurat. L.* 12. *Cum prætor*, *D. de judic.* Prætor igitur non permisit, ut apud se passim sine delectu postularetur: eaque in re suæ dignitatis et decoris rationem habuit. *L.* 1. in pr. *D. de postul.* Videbatur namque alienum a dignitate judiciorum et tribunalium versari illic quandam colluviem hominum, et justitiæ ac juris sanctissimam officinam quorumlibet rabularum vocibus perstrepere,

(15) Infamissima utilitas, et servilis obsecundatio *L.* 34. *Cod. de decur.* Unde per id nobilitatem omnium calculis amitti, Tiraq. *de Nobil. Cap.* 30. Guid. Papæ *Decis.* 89. Etsi Joach. Greg. *in Add. ad Chilan. Bonig. Process. Part.* 1. *pag.* 1114. vile hoc officium, non quod vilem reddat, qui exercet, sed quia viles ab eo non arceantur.

(16) Gail. 1. *Obs.* 33. *n.* 8. Ubi et Procurationem in Camera Imp. honoratam esse, tum quia non admittuntur, nisi Doctor, vel Licentiatus, tum quia id Consistorium Cæsaris, ac statutum imperii, et Myns. 4. *Obs.* 32. Rulant. *de Commiss. P.* 1. *Lib.* 4. *Cap.* 13. *n.* 14. Zang. *de Except. P.* 2. *Cap.* 8. *n.* 28. Curiarum quoque Franciæ Procuratores viles non esse, tradit P. Greg. 49. *Synt.* 4. *n.* 5. In iisque summam fidem et probitatem exigi, nec ante promoveri ad id munus, quam per decennium frequentes in curia, subadjuvæ cum procuratoribus se exercuerint. Nam, et cum princeps mandat, officium hoc vile non est *L.* 5. *C. de dignit. L.* 1. *Cod. de mand. princ.* Ludov. Rom. *Singul.* 81. Et in curia principis infamem procurare non posse, probant per *l.* 2. §. 4. *ne his qui not. infam.* Aluis. de Albert. *Singul.* 47. Plane Anton. Fab. *ad L.* 7. *de rec. arb.* nec jure civili admitti infamem sentit, quoties de infamia clare et liquido confert, nec judicii protelatio exceptione infamiæ objecta metuitur. per §. *ult. I. de except.*

(17) *L.* 2. ibi *adhibita vocatione C. de exhib. reic.* Menoch. *Arb. Q.* 80. *n.* 110. Pro famosis tamen latronibus, advocatos non admitti, post Bald. et Jas. Marc. Freher. 3. *de Infam.* 3. *n.* 8. *p.* 276. quando scilicet crimen est notorium. Nam is dicitur famosus, quomodo et accipitur quod pro bannito patrocinantem puniri scribit Magon. *Cynos. advoc. P.* 1. *C.* 11. *n.* 4. *sub fin.*

et quasi contagione pollui. Quidam autem in totum prohibentur postulare, nec pro se, nec pro aliis: Quidam pro se postulare possunt, pro aliis tantum prohibentur. Quidam denique pro certis duntaxat personis, et pro se postulare possunt. Et hos tres ordines a prætore constitutos satis dilucide explicat Ulpian. in *d. L.* 1. *D. de postul.* Quanquam autem hoc loco proprie non agamus de iis qui pro se postulare prohibentur, quod omnis advocatio præstetur alteri: tamen de his quoque aliquid attingendum est, ideo, quia qui pro se ipsis postulare vetantur, eos multo magis pro aliis vetari intelligere debemus. Nam ita jus est, ut qui pro aliis postulare possit, ei multo magis pro se quoque postulandi facultas concedatur: non autem qui pro se potest, is continuo etiam pro alio quocunque recte postulet. Et in summa facilius alicui pro se, quam pro alio postulandi facultas detur. Id effectum est edicto Prætoris proposito, sub titulo de postulando.

VII. Intotum igitur postulandi facultatem denegavit prætor tum propter ætatem seu pueritiam, tum ob casum. Primo enim minor 17. annis postulare prohibetur, *d. L.* 1. *§.* (18) *initium, D. de postul.* Cujus legis bona pars in jus canonicum relata est a Gratiano *cap.* 2. *infames*, 3. 4. *et* 7. Ratio prohibitionis sumi potest ex *L.* 1. *D. de minor.* quod fragile et infirmum sit hujus ætatis consilium: et multis captionibus suppositum multorum insidiis expositum. Est et hæc fortasse ratio, quod prætor a sua dignitate alienum esse arbitratus sit, cum hominibus adeo adolescentibus ac pene pueris negocium habere. At ætatis anno 17. quanvis nondum virilis vigor completus sit, tamen hanc ætatem moderatam ratus est ad procedendum in publicum, *d. leg.* 1. Sed obstare videtur, quod de procuratoris ætate vulgo persuasum est. Hunc enim ante annum ætatis 25. esse non posse putant interpretes: Eaque sententia etiam jure Pontificio et multorum judiciorum moribus approbata est. Vide *C.* 5. *Qui generaliter, de procuratorib. lib.* 6. Si procurator ante completum annum 25. esse nequit, multo minus poterit esse advocatus, cum hujus officium longe sit gravius. Est autem hoc tralatitium; qui indignus sit inferiore ordine, eum ad superiorem obtinendum multo fore ineptiorem. *argum. L.* 4. *D. de senatorib. L.* 11. *ut gradatim*, *et L.* 14. *honor*, *§. penult. D. de mun. et honorib.* Movit eos ut ita sentirent, *L.* 51. *minor*, *D. de procurat. et L.* 12. *exigendi*, *Cod. eod.* Quæ leges eos movere minime debuerunt. Non enim ibi simpliciter negatur, minores procuratores vel defensores esse posse: sed hoc dicitur, idoneos non esse. Cur ita? Quia minor semper si captus sit, in integrum (19) restitui poterit. Quod ne fiat, consultius erit,

(18) Nam et instituto Servii pueritia 17. annis definiebatur, ab eoque anno idonei Reipublicæ existimabantur, ut A. Gell. 10. *Noct.* 28. Hocque anno completo, deposita, toga virili sumpta, solemni ritu in forum deducti, tyrocinium caussarum agendarum auspicabantur, vid. Pollet. 2. *Hist. fori* 7. Quod vero Sueton. *in Tiberio C.* 6. egisse Tiberium, nono ætatis anno, ad judicium nil pertinet, cum illæ declamationes ostentationis caussa comparatæ fuerint, ut idem Pollet. *C. præced.* Recte vero *in d. §.* 3. legitur, Prætor pueritiam *excusavit*, id est in excusationem adduxit, cur pueros postulare non sinat, ut exponit Baro. *ibid.* Sicuti Livius dixit *excusare valetudinem oculorum.* Nec itaque pro eo reponendum, *excepit*, quasi error ex compendio litterarum ortus fuerit, cum scriptum esset *exc.* ut P. Fab. *ad L.* 2. *de R. I.* Multo minus autem *excuriavit*, ut emendat Cujac. 26. *Obs.* 38. et probat Freher. 3. *de infam.* 26. *n.* 5. quia sic Varro, *Apollonium ideo excuriant, quia nihil habebat*, ref. Non Marcello *de Propr. sermo f. m.* 1311. Nam et nunquam Ulpianus obsoletis hujusmodi verbis utitur. Et immo *excuriare* Varroni est, extra curiam ejicere, ut Perot. *Cornucop.* in 18. *Martial. Epigr. fol. m.* 739. Scip. Gentil. licet aliud agens, Orig. *Lib. sin. pag.* 287. Hic autem illa significatio non convenit. Non ejicitur curia pueritia, sed in eam non recipitur. Quæ diversa esse vel vulgatissimus versus docet:

*Turpius ejicitur, quam non admittitur hospes.*

(19) Ita Cujac. 22. *Obs.* 16. eo ipso quod restitui dicitur, probari quod recte intercedat, et se cautione judicatum solvi obliget. Qui idem *in d. L.* 12. *C. de Procur.* legitimam ætatem exponit 17. annorum completorum, uti et Hotom. *in §.* 5. *I. Quib. ex cau. man.* quia et plena pubertas, ætas legitima sit ex materia subjecta, et Pac. 2. *Q.* 16. Bus. 6. *Subtil.* 6. Gifan. *ad L.* 51. *D. de Procur. n.* 11. et consent. Rulant. *de Commiss. Part.* 1. *Lib.* 4. *Cap.* 13. *n.* 13. Contra, Minorem ab omni Procuratione arcendum, censent cum DD. vulgo Sichard. *ad dict. L.* 12. *n.* 10. Duar. *de Procur. Cap.* 4. Pollet. 2. *Hist. fori* 7. ubi Broidæ. *in corol. n.* 3. rationem differentiæ reddit quod Procurator actione mandati teneatur et condemnatur, non item advocatus. (Quam et reperi apud Speculat. *Tit. de Advocato §. objicitur* 1. *n.* 16.) Baro *ad L.* 1. *de postul.* Loriott. *ad d. L.* 2. *§.* 1. *de R. I. fol.* 517. quia majus in Procuratore consistat periculum, cum in eum fiat executio. Advocatus vero, de consilio solum fraudulento teneatur. Wes. *in Par. de Proc. n.* 4. P.

majorem constituere procuratorem. Non tamen idcirco, si quis minorem dederit, inutilis aut nulla erit datio, sed valebit, sibique dominus qui dederit imputabit, qui non elegerit idoneiorem, hoc est majorem. Hoc ergo teneamus, juro civili eandem esse legitimam ætatem procuratoris, quæ est et advocati. *argum.* §. *justæ*, et §. *ultim Inst. qui et ex quib. caus. manum. non poss.* Pontificem vero et interpretes buna cum gratia hic missos faciamus. Nam et hoc nusquam in jure nostro lectum est, quod vult Bonifacius in *d. cap.* 5. *De procurat.* post 17. demum annum procuratorem ad negocia licite deputari: quasi non multo etiam ante recte detur: ( ad negocia inquam: nam ad lites aliud est ) cum et puer et fœmina et servus ad negocia procurator dari possit. Alias autem ad Rempublicam administrandam ante 25. annum admitti minores non oportet, teste Ulpiano *L.* 8. *ad rempub. D de mun. et hon.* De ætate Advocati tantum. De judicis vero ætate supra diximus.

VIII. De casu sequitur ut dispiciamus. Casus igitur, seu corporis vitium impedimento est surdo, quo minus postulare possit. *d. L.* 1. §. *initium*, vers. *propter casum.* Surdum ut alibi, ita hic quoque non eum qui difficulter et tarde, sed qui prorsus non audit, accipere debemus. §. *item surdus*, *Instit. Quib. non est permiss. fac. test. d. L.* 1. *D. de postul.* Rationem reddit Ulpianus, quia surdus prætoris decretum exaudire non potest: ac ob id fieri poterat, ut etiam non obtemperans tanquam contumax puniretur: Quod sane ipsi quoque periculosum esset. Non quod vere contumax hic dici possit, cum contumacia ab animo et certa scientia committatur, contemnentis decretum Magistratus, sed quod surdus forte per injuriam condemnatus fuerit. Melius igitur visum est, surdum a postulando arcere, præsertim cum aliorum copia haberi possit. Et his quidem neque pro se, neque pro aliis postulare permittitur.

IX. Sunt qui pro se postulare possunt, pro aliis tantum prohibentur. In hoc numero sunt mulier, cæcus et infamis, seu turpitudine aliqua notabilis. *d. L.* 1. §. *secundo loco*, *D. de postul.* De muliere ratio prohi-

Gregor. 49. *Synt.* 4. *n.* 11. Zang. *de Exc. P.* 2. *Cap.* 8. *n.* 24. Gutierr. *de Juram. confirm. P.* 3. *C.* 11. (ubi restringit *n.* 2. nisi juret, se non contraventurum processui, aut aliis actibus) Phil. Matth. *ad L.* 2. *de R. I. n.* 26. *et seq.* Ita sentio: Minor nunquam ita inhabilis, ut si ab adversario admissus, judicii acta, et processus, ob hoc ipsum nulla sint, ut vult Zang. *d. loc.* et Trentacinq. de communi testans, *Lib.* 2. *Pract. Resolut. Tit. de Procur. Resol.* 3. *n.* 36. quod omnino refellit *d. L.* 51. *de Procur.* junct. *L.* 16. *de minor.* At quoties periculum, ne illo in integrum restituto, judicium fiat elusorium, etsi jura non arceatur, juste tamen eum adversarius recusat *d. L.* 51. Quando scilicet ipsius captio seu læsio subesse potest. Ut si defensor intervenire velit, etsi cum mandato, tunc cum cautio judicatum solvi præstanda; vid. *infra C.* 13. *n.* 34. Item, si procurator de mandato plenam fidem non faciat, ubi ratihabitionis satisdatio præstanda. Utrobique enim cum stipulatio, non contra dominum, sed minorem ipsum, qui satisdedit, committatur, de re ipsius familiari agitur: Proinde si succubuerit in integrum restituetur. Quando vero nulla ipsius minoris læsio metuitur, quia nec elusorii judicii periculum adversarius caussari potest, juste non recusat. Ut si pro majore defensor cum mandato, ac dominus ipse pro eo satisdedit judicatum solvi, ut *C.* 13. *n.* 36. Gifan. *ad d. L.* 51. *n.* 8. Item si Procurator cum mandato, de quo plenam fidem facit. Quia etsi Procuratorio nomine in lite agenda minor circumscriptus sit, imputari debet hoc domino, qui tali commisit sua negocia *L.* 23. §. 1. *de min.* Pro majore dixi, quia si pro alio æque minore, idem restitutionis metus. Et facit *L.* 4. *de min.* in verbis *majorem annis* 25. argument. a contrario. Quocirca cum in *d.* §. 5. *Inst. Quibus ex ca. man.* et *L.* 13. *de man. vind.* Procurator a minore constituatur: de alio quam ad negocia Procuratore commode accipi vix poterunt, contra quam hic noster et Cujac. 22. *Obs.* 16. *et* 6. *diff. Modestini ad L.* 63. *de Procurat.* Pac. 2. *Quæst.* 16. Bron. 1. *Ass.* 49. Hot. *in d.* §. 5. Gifan. *ad d. L.* 51. *n.* 9. Etsi cum servus quoque, ac impubes, negocia procurare possint *L.* 33. *pr. de Procurat. L.* 7. §. *ult. de institut. act.* tamen, ut justa caussa sit manumissionis, intuenda est utilitas minoris. Utile autem illi negocia procurari per liberum, cum quo liberius homines contrahent, et vix spes est bene res gesturum, si minor 17. annis, ut bene Ant. Fab. 1. *Jurispr.* 6. *Pr.* 7. *Ill.* 14. Phil. Matth. *ad L.* 2. §. 1. *de R. I. n.* 34. *et seqq.* Quæ ratio uti probabilis: ita nostra superior magis ad assentiendum videtur necessaria. Accedit quod etsi libertus, si ita licteris eruditus, patrocinia desiderantibus præstare possit *L.* 2. *Cod. de postul.* vix tamen decorum patronum ipsum proprii liberti patrocinio defendi, ut cujus ipse patronus est, eundem caussæ patronum habeat. Vix etiam contingere poterit, ut tantula ætate in servili conditione jura ita edoctus esse possit; cum servos sordidis officiis, et opificiis mechanicis, artibusque sellulariis, quas antiquitus ingenuis tractare dedecens visum, Plato *Dial.* 8. de LL. occupatos, a liberalibus autem disciplinis arceri solitos, constet, Bodin. 1. *de Rep.* 5. *et* 3. *de Rep.* 8. *n.* 358. Saltem rarissime hoc evenire, nemo

bendi fuit (20) verecundia sexus. Non enim decet hujus sexus pudorem, alienis se caussis immiscere, et virilibus fungi officiis. Omnino postulare pro alio virile est officium, a quo genere remotæ sunt fœminæ. *d. L.* 1. *L.* 12. *cum prætor*, *D. de judic.* *L.* 2. *D. de Regul. jur.* *L.* 21. *maritus*, *Cod. de procurat.* Et moribus receptum est, ut his non fungantur. *d. L.* 12. Quasi diceret Paulus, hoc esse contra bonos mores, quibus officia in vita civili alia aliis attributa sunt. Absurdum est autem, si promiscuis actibus rerum turbentur officia, et alii creditum alius subtrahat: ut est in *L.* 23. *consulta divalia*, *C. de testam.* Accedit et hæc ratio, quod mulieres a viris defendi æquum sit, non viros a fœminis. *L.* 2. *D. de injur.* §. *patitur*, *Institut. eod. tit.* Advocationem vero alicui præstare, est eum defendere ac tueri.

X. Cæcus utroque oculo captus ideo a postulando repellitur, quia insignia magistratus videre et revereri non potest. *d. L.* 1. §. *secundo loco*, vers. *casum.* An autem cæcus possit esse judex, an Magistratus, jam ante suo loco est a nobis explicatum. Prohibetur ergo cæcus aliorum esse advocatus, pro se postulare non prohibetur. Verum hic duo mirari licet: primum quid sit, cur surdus ne pro se quidem postulare possit: cæcus possit. Cur inquam hic melioris conditionis esse debeat (21) cæcus quam surdus, cum in utroquo casu impedimentum faciat. Debebat igitur in pari casu, et ratione idem quoque jus statui. *vulg. L. illud, D. ad L. Aquil.* Deinde an

infitebitur. De quibus casibus si LL. quandoque nominatim latæ, ast indefinite conceptas, ad eos coangustare non conveniet.

(20) Nec verecundiæ matronarum convenit, admisceri cetui virorum. Nam qui postulabant, in ordine stabant adeuntium Prætorem. Ideo qui assidui in litibus, vocati ordinarii teste Festo *Lib.* 13. ita Ræv. *ad L.* 2. *pr. de R. I.* Addit. Magon. *Cynos. advocat. P.* 2. *Cap.* 2. *n.* 13. ne judex, mulieris venustate, vel facundia, amore captus, facile corrumpatur. Caussa prohibitionis (impulsiva scilicet non finalis, Anton. Fab. *ad d.* §. 5. vers. *sexum*) impudentia Carfaniæ. Sic enim Florentini Pandectæ habent *d. L.* 1. §. 5. cum in vulgatis legatur, Calphurniæ, pro quo Cajæ Afraniæ restituunt Forc. *Dial. L.* 1. *n.* 11. Tiraq. *L. Connub.* 10. *n.* 23. Coras. 4. *Misc.* 21. *n.* 2. Pollet. 2. *Histor. fori* 7. P. Fab. *ad L.* 2. *de R. I.* Greg. 49. *Synt.* 6. *n.* 22. ex Valer. *Lib.* 8. *Cap.* 4. qui eam inusitatis foro latratibus, assidue tribunalia exercendo, muliebris calumniæ notissimum exemplum evasisse, ut pro carmine improbis fœminis C. Afraniæ nomen objectum fuerit, testatur. Unde Francisc. Luisin. 3. *Parerg.* 42. obscurum Ciceronis locum *pro Cœlio* non longe a fine: ut illa vetus Afrania fabula refricaretur, ita exponit, quod Clodiam, turpitudine vitæ, perditissimæ huic fœminæ comparet. Etsi Cujac. 26. *Obs.* 38. Carfania legat, itaque apud Valerium quoque legi debere contendat. Sane adolescentis Romæ ætate, novum invisumque mulierem in foro audire, ut Numa, cum id evenisset, Deos consuluerit, quidnam in Romanis portenderet, Plutarch. *in Numa.* Ast posterorum abusu, nimis contrarium invaluit. Juvenal. *Sat.* 6.

*Nulla fere caussa est, in qua non fœmina litem*
*Moverit; accusat Manilia, si rea non est.*
*Componunt ipsæ per se, formantque libellos*
*Principium, atque locos Celso dictare paratæ.*

Pollet. *d. C.* 7. Unde non absurde videri potest, Carfaniam, de qua *d. L.* 1. §. 5. aliam fuisse a Caja Afrania, de qua Valerius. Illa enim Juvenalis ævum multo antecessit, quo tamen advocationem muliebrem nondum inhibitam fuisse, dicti versus arguunt. Quid quod si C. Afrania edicti hujus origo, credibile, id non prætermissurum fuisse Valerium. Immo ibidem exemplum subdit Hortentiæ Q. Hortensii, quæ caussam fœminarum apud trium viros feliciter agit. Atqui hæc Caja Afrania posterior, cum Hortensius Ciceroni coævus fuerit, quo ipso anterior Afrania fuit. Pro se vero mulier postulare potest, quia propriam defensionem suscipere non virile, sed cujusque officium. Nec rei suæ bene gerendæ occasio, cuiquam auferenda *L.* 4. *L.* 9. *Cod. de Procur.* Anton. Fab. *ad dict.* §. 5. Jure vero Saxonico nec pro se admittitur sine curatore ad litem *Lib.* 1. *Artic.* 45. *et seqq. et Lib.* 2. *Artic.* 63. *etc.* vid. Treult. *Vol.* 1. *Disput.* 8. *Th.* 2. *litt. A.* Plane quibus casibus Procuratrix pro certis personis admittitur, ut infra *Cap.* 11. Gifan. iisdem et si postulet, ut et pro liberis, si eorum tutrix. *Auth. matri et aviæ C. Quam. mul. off. tut.* Duar. *hoc tit. Cap.* 4. et pro fatre, vel cognato, in causa liberali, si alio defensore careat *L.* 3. §. 2. *de lib. cap.* Sed et pro miserabilibus personis, ac pauperibus amicis admitti, vult Magon. *P.* 2. *C.* 2. *n.* 1. de quo dubito.

(21) Hæc Scipio. Gentilis (cujus in *hoc Capite* manum non uno loco agnoscere videor) potius videntur quam Donelli, cui insolens ut dubia moveat, nec expediat. Utrobique vero casus impedimentum, sed non æquale. Cui enim non liqueat magis hic aurium, et linguæ, quam oculorum operam exigi: Ut vero pro se postulet, libere ipsa necessitas indulgere videtur æque uti mulieri et infami.

pro se postulans cæcus magis videbit, ac reverebitur insignia Magistratus, quam si pro alio postulet? Cum igitur ratio prohibitionis hic nondum cesset, neque ipsa prohibitio videbatur cessare debere.

XI. Sed cur de muto, inquies, omisit prætor? An quia hunc admittendum censuit ad postulandum? Minime vero ut equidem existimo, sed quia pene supervacuum erat hoc admonere. Stultum enim est illud admonere, quod omnibus notum est, ut alibi inquit Ulpianus *L.* 1. §. 1. *D. A quib. adpellar. non lic.* In Advocatis (ut mox dicemus) facundia requiritur, et disertæ orationis copia, quam a muto qui verbum nullum facere potest, frustra expectes. Nisi quis hoc forte dicat, posse eum scripto complecti sensa animi sui, et judici exhibere: Ideoque advocatum esse non prohiberi. Eandem ob caussam omisit prætor servum. Hunc enim pro aliis postulare non posse, vel inde satis constabat, quod ne pro se quidem in judicio interesse possit. *L.* 6. *servus*, *Cod. de judic. L. ultim. Cod. de nox. act. L.* 3. *D. Ne quis eum qui in jus voc.*

> *Servum hominem caussam orare leges non sinunt*
>
> inquit Terentius
>
> *Neque testimonii dictio est.* . . . .

XII. Tertio procter turpitudinem removentur a postulando pro aliis hæ personæ. Primo, corpore suo muliebria (22) passus. *d. L.* 1. §. *removet*, *D. de postul.* Excipitur qui vi prædonum vel hostium stupratus est. Cum enim ab hoc abfuerit suscipiendi sceleris voluntas et propositum, sive quibus nullum crimen committitur, non debet notari. Ideoque ad postulandum tam pro alio, quam pro seipso admittetur. Secundo, Capitali crimine (23) damnatus. *d.* §. *removet.* Capitale crimen est, cujus pœna caput, hoc est personam delinquentis eximit de civitate; ut ex quo pœna est mors, vel exilium, vel metalli damnatio. *L.* 2. *D. de pub. jud. L.* 10. *D. de ju. patr. L.* 14. *qui cum major.* §. *is demum*, *D. de bon. libert. L.* 13. *D. de bon. poss. L.* 23. §. *Excipitur*, *D. de ædil. edi. L.* 103. *D. de V. S. L.* 2. in pr. *D. de pœn.* Tertio, Calumniæ publici judicii damnatus, hoc est, qui alteri falsam litem, falsum crimen intendit, et publico aliquo judicio reum fecit, cui pœna lege Remmia irrogatur. *L.* 1. §. 1. *D. ad Turpil.* Dixi publico judicio: unde intelligimus eum, qui in privata aliqua actione calumniatus eoque (24) nomine damnatus fuerit, non prohiberi pro alio postulare. Alioqui enim frustra Ulpianus addidisset, publici judicii, quæ verba nisi ociosa esse volumus, sed ut aliquid operentur, dicemus excludere calumniatores in privato judicio. Quod tamen mirum alieni videri possit. Quid enim sinceri expectes ab ejusmodi homine, qui quanvis in privata actione antea fuerit calumniatus? utique *semel malus*, (ut inquit Pontifex) *semper malus esse præsumitur.* C. semel *De Reg. jur. in* 6. Ait Ulpianus hunc etiam apud judices pedaneos postulare prohiberi. Quasi dicat, multoque magis apud Prætorem. Judex pedaneus est, quem prætor ad cognoscendam caussam dedit. Hic a Prætore differt, quantum a Magistratu privatus, ut alias latius exposuimus. Hinc facit, quod qui apud legatum postulare prohibitus est, ei per consequentias, ne quidem apud Præsidem postulandi relicta facultas sit. *L.* 9. *moris*, §. *si tamen*, *D. de pœn.* Quarto, Ulpianus ad hunc numerum adjungit eum, qui operas suas ut cum bestiis depugnaret locaverit. Quod erat apud Romanos usitatissimum, ut in arenam, in circum vel theatrum hac de caussa descenderent bestiarii, ut ex Tertulliano *de spectaculis* cognoscere licet. Animos igitur ita degeneres, qui vitam suam vili mercede pecuniaria venalem haberent; indignos judicavit Prætor, quos ad postulandum pro aliis admitteret. Sufficiebat autem vel pactum esse, vel accepisse hoc nomine mercedem, tametsi nondum effectus subsecutus esset? etiamsi nondum cum bestiis depugnasset. Cui non obstat, quod alias dici solet, verba eum effectu accipienda esse. *L.* 1. §. *hæc autem verba*, *D. Quod si*

(22) Olim enim hoc crimen non capitale, hodie post *L.* 51. *Cod. de adult.* locus quæstioni non est, ait A. Fab. *ad d.* §. 6. Male Locus enim imo est, si quoquomodo pœnam capitis evaserit, arg. *L.* 12. *C. de adult.*

(23) Atqui tunc locus quæstioni non videtur, cum saltem civitatem amiserit *L.* 28. *de pœn.* Ant. Fab. *ad d.* §. 6. resp. intelligi id, si exsecutio ex caussa aliqua suspensa. Malim ita: si princeps pœnæ gratiam fecerit per *L. ult. Cod. de gener. abol.* Sed et reus accusatus videtur areeri, arg. *L.* 6. *G. de procur. L.* 7. *pr. de muner. L.* 3. §. *pen. de testib.*

(24) Ita et Ant. Fab. *ad d.* §. 6. vers. *calumnia* et Sc. Gent. 1. *de Jurisd.* 14. *p.* 51. privato judicio damnatum, infamem non fieri *L.* 5. *de calumn.*

*quis jur.* et quod cogitationis pœnam nemo patiatur. *L.* 18. *D. de pœn.* neque nisi gravissimis atrocissimisque criminibus pari pœna leges conatum et effectum sceleris afficiant. Satis enim eo ipso peccatum videbatur, cum quis animum suum pacta pro vita mercede dehonestasset. Aliud est in eo qui operas suas locavit, ut prodiret artis ludicræ caussa, nec tamen prodiit. (25) *L.* 3. *D. de his qui not. infam.* Cur hæc tam varie? nempe ideo, quia hoc casu non est res adeo turpis, ut etiam consilium puniri debeat; illo autem est. Aliud quoque erat, si quis virtutis ostendendæ caussa gratis huc descendisset, nisi in ipsa arena se (26) honorari passus esset, hoc est, mercedem accepisset. Honor enim non semper virtutis præmium significat. Alioqui Ulpianus hic secum ipse pugnaret, qui cum prius virtutis caussa cum bestiis certamen probasset, mox deinde repudiaret honorem, qui virtutis comes est individuus. Sed honor hic mercedem seu pecuniam denotat: ac Ulpianus Græcissare videtur. Constat enim τιμὴν Græcis præter honorem, etiam precium pecuniarium significare. Quanquam etiam alias Latini honoris verbo sic utuntur: ut cum Cicero jubet Tyronem suum habere honorem medico. Aliud quoque erit, si quis in id operas suas locaverit, ut extra arenam feras, quæ regioni nocerent, venaretur ac depugnaret.

XIII. Hi igitur omnes in secundo ordine, pro se tantum, non etiam pro aliis postulare, et allegare possunt. Si adversus hæc faciant, sanctio in eos additur in edicto duplex: ut a postulatione interdicta repellantur: ut extra ordinem pœna pecuniaria pro arbitrio judicis mulctentur, propterea quod se contra prætoris edictum ausi fuerint ingerere. *d. L.* 1. §. *removet*, versic. (27) *qui adversus ea.* Excipiuntur, qui aliorum curam gerunt, ut sunt tutores et curatores. Hi enim omnes pro pupillis et adolescentibus suæ fidei commissis, et sine offensa edicti postulare possunt, cum non sponte se intrudant, sed necessario officio fungantur, *d. L.* 1. versic. *sed est æquissimum L.* 6. *puto. D. de postul.* Quomodo et alias officii (28) necessitas a pœna excusare solet in omnibus. *L.* 5. §. 9. et 13. *L.* 22. *Digest. de his quæ ut indign. L.* 16. *quæsitum*, *Digest. de in jus. vocan. L.* 2. *Cod. de calumniat. L.* 14. *cui cum major*, §. *penult. si pater*, *D. de bon. libert.*

XIV. Tertius ordo eorum, qui postulare prohibentur, continet eas personas, quibus

(25) Ille enim vitam et sanguinem promercalem habet, hic dumtaxat spectaculum sui in re ludrica præbet, Baro *in d. L.* 3. Hic factum turpe: Illic non tam factum turpe: (Pugnant enim quidam virtutis caussa), quam propositum, et ipsa locatio, dum quæstus caussa, vitam quis prostituit, Ræv. 3. *Var.* 11. Eo ipso enim quod locat, venalem sanguinem exhibet, non quod pugnat. Contra, qui in scenam prodit, etsi gratis ac sine mercede, infamiam non effugit, quia ludicris sese maculavit, nec caussari potest, se virtutis ergo prodiisse. Ita M. Veran. Maur. *de Jure lib. C.* 11. *p.* 32. *et seqq.* sed vid. *infra C.* 7. *N.* 1. Et quia multi ex delicto, olim damnati ad gladiatorium ludum et bestiarum venationem: qui operas arenæ locat, ipse se veluti capitali sceleri alligatum quodammodo capitis damnat supplicio, P. Fab. 2. *Semestr.* 12. *pag.* 185. Male igitur *Gl. in d.* §. 6. ibi puniri effectum, licet non sequatur effectus, quia statim facta locatione effectus sequutus, et delictum consummatum, recte Castr. *ad d.* §. 6. vers. *bestias n.* 3.

(26) Et ita honor pro mercede *L.* 6. *pr. Mand. L.* 1. §. 5. *de extr. cogn.* Cicer. *pro Roscio.* Unde honorarium *L.* 1. *Si mens. fal. mod.* Duar. *hoc tit. Cap.* 5. Scip. Gentil. *Orig. Lib. singul. pag.* 347. Melius quam Ant. Fab. *ad d.* §. 6. versic. *nisi* ea veluti mercede vanæ gloriæ, et acclamationis operas locasse videri, nec vere sine mercede pugnasse. Gloriam sequi, non appeti debere. Pejus Bartol. *ibid. n.* 5. probat aliam lectionem *onerari* id est condemnari per sententiam.

(27) Etsi Anton. Fab. *ibid.* vers. eum ceu Triboniani emblema damnet: 1.° quia verba edicti tantum prohibent postulare, pœnam non irrogant: resp. ob idipsum pœna arbitraria, quia edicto non definita. Nam cum L. prohibet, non adjecta pœna, ea arbitraria. *Gl. et DD. in L.* 3. *Cod. de SS. Eccl.* Freher. 3. *de Infam.* 26. *n.* 10. Quæ enim et quam sancta interdictio, quam impune violare aut saltem contra attentare licet. Lex nulla, aut inanis sine exsecutione, et pœnam contra facientis. 2.° Quia vix conditio postulantium ignota esse potest Prætori: Ergo si admisit, gratiam edicti fecit. Resp. Quidni sæpe ignota. Nunquid muliebria aliquem passum, operas bestiis alicubi locasse, æque aspectui obvia, uti sexus conditio et cæcitatis vitium. Et ut non sit ignota, ipse ausus temerarius, et postulatio, quæ de facto procedit, pœna hac mulctatur. Qui sensus est verborum *pro aliis interdicta postulatione repellitur*, id est tum postulatio ipsa ceu contra edictum facta nulla et invalida, tum, etc. ut sequitur 3.° per verba *æstimatione judicis*, quia Jurisconsulti judicem absolute nunquam vocent prætorem. Resp. Falsissimum hoc, exemplisque refellitur infinitis, vid. *supra Lib.* 17. *Cap.* 21. *N.* 3.

(28) Absurdum enim non posse facere impune, quod si non faciat, justam deserti officii reprehensionem possit incurrere, Ant. Fab. *ad L.* 6. *hoc tit.*

pro se tantum, et certis quibusdam personis postulandi facultas conceditur. Hi exprimebantur certis legibus. Plebiscitis, Senatusconsultis, edictis, decretis principum, ut liquet ex *d. L.* 1. §. 8. *ait prætor. D. de postul.* In hoc ordine sunt et alii omnes, qui edicto prætoris, ut (29) infames notantur; de quibus proprio titulo explanatur, et nos infra separatim tractabimus. Personæ autem, pro quibus solis postulare ipsis liceret, fere sunt eædem, quas impune sine venia in jus vocare non licet, item contra quas inviti testimonium non dicimus: commemoranturque in (30) *d. L.* 1. §. *ult.* cum 4. *leg.* seqq.

XV. Sed hic animadvertenda est exceptio in edicto ipso addita. Nisi quis eorum in integrum restitutus sit. Tunc enim, sublato videlicet impedimento, postulare tam pro aliis, quam pro se poterit. Quanquam, qui primis duobus edicti ordinibus continentur, difficulter in integrum restitutionem impetrare possunt. *d. L.* 1. §. 9. *deinde adjicit.*

XVI. Ergo, ut summam faciamus eorum, quæ huc usque de advocati persona diximus, advocatus esse non potest. Primo, minor decem et septem annis. Secundo, surdus. Tertio, fœmina. Quarto, cæcus. Quinto, infamis. Ut corpore suo muliebria passus: ut capitali crimine, item calumniæ publici judicii damnatus: ut qui operam suam locavit, ut cum bestiis in arena depugnaret; et si qui sunt alii, infamia ex quacunque caussa notati. Infamibus enim portæ dignitatum patere non debent. *L. unic. C. de infamib. L.* 2. *C. de dignitat. lib.* 12. *Cap. ult. de regu. jur. in* 6. Quam ob caussam infames quoque assessoris officio fungi non possunt; ut supra dictum ex *L.* 2. *D. de offic. assess.*

XVII. Porro non continuo advocatus esse potest, qui in horum hominum numero non est. Plura concurrere oportet, ut persona advocati sit idonea atque legitima, quæ non quidem ipso prætoris Edicto continentur, sed postea constitutionibus principum addita sunt: nonnulla etiam ut puto interpretatione Jurisconsultorum. Hoc amplius igitur, ut quis advocatus esse possit, requiritur, ut advocatione ipsi non sit (31) interdictum, nec exilium aut silentium irrogatum. Interdicitur alicui advocatione pœnæ caussa, et caussas agere prohibetur: Idque multipliciter contingit. Vel enim in perpetuum atque in totum, vel ad tempus, et in certa provincia, vel ne certis personis adsit, vel ne apud tribunal præsidis postulet, ne apud legatum, etc. *L.* 9. *moris, D. de pæn. L.* 6. *puto*, §. 1. *L.* 8. *Imperator*, et *L.* 9. *ex ea caussa, D. de postulat. L.* 1. et *L.* 5. *si qui*, et *L.* 7. *providendum, Cod. eod. L.* 6. §. *ult. D. mandat.*

XVIII. In perpetuum probibitus, si non appellaverit, placitis obtemperabit, et a caussis agendis perpetuo abstinebit. *d. L.* 1. *Cod. de postulat.* nisi fuerit a principe restitutus. *argum. L.* 1. §. *deinde adjicit, D. de postul.* ad tempus v. g. in quinquennium prohibitus, vel tempore durantis magistratus, seu quo tempore præses provinciam reget, elapso eo tempore pro omnibus postulare non prohibetur (32) et apud successorem præsidis, et in alia provincia adesse potest. *d. L.* 6. §. 1. *d. L.* 8. *et L.* 9. *D. de postulan.* Nam pœna tempore determinata contra sententiæ fidem ulterius porrigi non debet: ut eleganter Papinianus *d. L.* 8. in fin. quasi dicat frustra in sententia adjecta fuisset certi temporis meta, si ultra eam pœna duraret. Facit *L.* 13. *falsi*, §. 1. *D. de leg. Corn. de fals.* Deinde extra territorium suum nullius jurisdictio extenditur. *L. ult. D. de jurisdict.* Sed apud legatum postulare prohibitus, poteritne apud ipsum præsidem postulare? Et per consequentias huic ne qui-

(29) Alii scilicet præter eos, qui in priore ordine relati, qui graviori infamia, cujus gradus sunt, laborant. Freher. 3. *de Infam.* 26. *n.* 13.

(30) Postulationis officium non tantum dignitatem habet, sed et necessitatem, quæ si cum pietatis officio conjuncta, favore digna, non tam ob personam postulantis, quam ejus pro quo, Ant. Fab. *ad d. L.* 1. §. 8.

(31) Tradunt tamen cautelas, quibus ita vel alias prohibitus advocare; clientem suum adjuvare possit. Ut si det consilium ei in camera, seu intra domesticos lares, caussæ deinde in judicio non adfuturus *L.* 1. §. 11. *de Extra. Cog.* ubi Bart. Dec. *ad L.* 2. *pr. de R. J. n.* 10. Magon. *Cynos. adv. P.* 1. *Cap.* 11. *n.* 5. Wes. *in Par. hoc tit. n.* 5. Item si allegationes partis suæ in scriptis judici mittat, Cæpolla *Caut.* 156. Magon. *d. lo.* qoia postulatio voce fiat in jure vel judicio. Quod reprobat Freher. 3. *de infam.* 26. *n.* 15. *per d. L.* 1. §. 11. verbis quoquo modo. Uti et aliam cautionem Cæpollæ, *ibid.* ut judici privatim colloquens, gratia quid ab eo impetret, per *L.* 8. §. *ult. de legat.* quæ male huc torquetur.

(32) Si tamen generaliter Interdixerit: veto te deinceps *postulare*, nec apud successorem licere, putat Freher. 3. *de Infam.* 26. *n.* 12. per verba; *siquidem apud se d. L.* 6. §. ultim. Sed id non temere, nec nisi caussa cognita fieri posse, per *d.* §. *ult.* verbis *ut solent*, juncta *L. ult. de pæn.*

dem apud præsidem postulare licet. Indignus enim ordine inferiore, multo indignior erit superiore, ut supra dictum. Porro huic quoque intelligere debemus advocatione interdictum esse, cui foro interdictum est. Hoc enim longe gravius est: atque ut summa major in se continet minorem: ita et de pœnis dicere possumus, cam quæ gravior sit, leviorem continere. *d. L.* 9. *moris*, §. *nonnumquam*. Non autem viceversa cui advocatione, eidem etiam foro interdictum est. Poterit igitur aliis forensibus negotiis se accommodare. Hæc tamen duo pro eodem accipi videntur ab Impp. in *d. L.* 7. *providendum*, *C. de postul.*

XIX. Præterea ab Imperatoribus Christianis etiam hoc constitutum est, ut nemo ad consortium togatorum admittatur, qui non sit (33) sacrosanctis Catholicæ religionis mysteriis imbutus. Uno verbo, qui non sit Christianus. *L. ult. Cod. de postul.* Idque convenienter aliis legibus statuerunt, quibus cavetur, ut magistratus tantum Christianis, et quidem orthodoxis mandentor. *L.* 9. *probatorias*, *C. de div. offic. Lib.* 12. *L.* 20. *C. de episcop. audien. L.* 12. *et L.* 18. *C. de hæret. argumen. Novel.* 8. Advocatus igitur per *d. L. ult.* esse non potest, qui vel paganus est, vel hæreticus. Hornm, si quis per surreptionem arripuerit advocationis officium, non tantum ipse, sed et judex qui eum admiserit, et provinciæ rector gravissime puniuntur. Advocati quidem pœna est, non solum remotio ab officio, sed etiam proscriptio et perpetuum exilium (proscriptionem hic intelligo publicationem omnium bonorum vulgo dictam confiscationem) judicis centum libræ auri: Rectoris denique provinciæ proscriptio dimidiæ partis bonorum, et exilium quinquennii. Habentur hæc omnia in *d. L. ult. C. de postul.* Non potest quoque advocatus contra patriam suam esse (34) Decurio: exceptis certis personis. *L. penult.* §. 1. *D. de postul. L.* 2. *C. de advoc.* 1. Ad hæc per statuta tempora legum eruditioni inhæsisse, solitoque tempore legum doctrinam meruisse, hoc est, juri operam dedisse oportet, eos, qui advocatorum consortio sociari voluerint. *L.* 3. *jubemus*, §. *nec de cætero*, *L.* 5. *petitiones*, §. *nec de cætero*, *C. de advoc.* 2. Eleganter, inquit Imperator, *si solito tempore legum doctrinam meruerint.* Sicut stipendia merere in re militari Latine dicimus, item merere inter equites. *L.* 6. *restituendæ*, §. *penult. Cod. de advoc.* 2. Ut hoc ipso verbo indicet, studia hæc nostra esse militiam quandam togatam, seu literariam, ut in *L.* 14. *advocati*, *C. de advocat.* 1. declaratur pluribus. Statuta tempora juris studiosis, quænam sint, docet Imperator in *L. omnem*, sive in *proœm. Pand.* §. (35) *sed quia solitum*. Nempe, quinquennium. Hoc igitur tempus etiam

(33) *Cap. nemo 7. de pœnit. dist.*

(34) Speciale vero hoc in decurione, cui et alimenta decerni possunt, in aliis contra, ut Speculat. *hoc tit.* §. 1. *n.* 27. ubi tamen consultum tradit, ut cliens procuret, contra patriam acturo pro se patrono, hoc injungi a magistratu. Quam et cautelam, contra principes, et dominos ditionis, caussas suscepturis, tradit Gail. 1. *Obs.* 88. *n.* 8. post alios Jac. Ayrer. *Process. P.* 1. *Cap.* 5. *Obs.* 1. *n.* 4. et *seqq.* generaliter patriam advocando, impugnari non posse ob pietatem ipsi debitam. Quod iniquum ipsique civitati se ejus magistratibus invidiosum, per *L.* 9. §. *pen. in fin. de off. procons.* vocat Anton. Fab. *ad L.* 10. §. 1. *hoc tit.* nec veniam ex hac caussa petandam censens, attestansque publice reprehensos, qui contra civitatem suam postulaturi, veniam a Senatu deprecabantur. Plane qui salarium ex publico habent, contra Rempublicam suam forsan non audietur, cum et Clericus, contra Ecclesiam suam postulans, beneficio privari possit. *Cap. ult. de postul.* Marta de *Jurisdict. P.* 4. *Cap.* 115. *n.* 114. Ayrer. *d. Obs.* 1. *n.* 10. Gail. *d. Obs.* 88. *n.* 7. (ubi et *n.* 6. ex hac caussa donationem revocari posse. Quod non omnino admittendum, vid. *supra Lib.* 14. *Cap.* 27. *N.* 7.) tametsi Chilian. Konig. *de Advoc. p.* 166. *vel Gl. ad eum* aliud statuat, si ex debito, non ex liberalitate præstetur, ut doctori ob lecturam, etc. Vasallum quoque contra dominum patrocinantem, feudo cadere, quidam volunt moti 2. *Feud.* 24. §. 2. versic. *item si delator*, et argum. *Cap. un. Feud.* 17. quod et judiciale certamen belli instar habeat, item argument. *Cap. de forma Cap.* 22. *Quæst. ult.* Speculat. *hoc tit.* §. 1. *n.* 30. Thom. Grammat. *Decis.* 80. Gail. post alios *d. Obs.* 88. *n.* 5. Rosbach. *Process. Tit.* 18. *n.* 5. Marta *d. Cap.* 115. *n.* 155. Ayrer. *d. Obs.* 1. *n.* 11. Sed ex Auferio refert P. Greg. 49. *Synt.* 6. *n.* 13. quod possit impune, nisi de ipso feudo contentio, et nisi caussa concernat honorem personæ domini. Maxime vero posse, si caussa domini notorie injusta.

(35) Cujac. 12. *Obs. ult.* Quod hodie imprimis obtinebit, cum horrere spinis videantur omnia, quæ de jure ab antiquis prodita, ut Cujac. Adde quod magna accessio juri civili facta per jus Pontificium, feudisticum, noviores constitutiones communes et speciales, consuetudines item nisi quam varias et commentationes interpretum prope infinitas. Unde recte qui ante quinquennium hoc expletum gradu doctoræ, vel licentiæ decorandum negant, vid. Vult. *in Proleg. de stud. jur.* Aug. Matthæac. *Lib.* 1. *de jur.*

juris studiosis sufficere visum est, intra quod toto legitimo opere perfecto ad Rempublicam accedere possent optimi scilicet justitiæ, et Reipublicæ ministri ac satellites, ut in *d. proœm. Pand. et Instit.* quoque dicitur.

XX. Disertum quoque et facundiæ studiis eruditum esse advocatum oportet. Sic est, oportet prius (36) animis. et postea linguis fieri eruditos, ut vere dixit Justinianus in *d. L. omnem*, §. *illud vero.* Hinc est, quod toties in constitutionibus quasi perpetuo hoc Epitheto advocati decorantur, ut dicantur disertissimi et facundissimi viri, facundia conspicui, clarissima eloquentiæ lumina. *L.* 13. *petitionem*, *C. de adv.* 1. *L. ult. C. de inof. test.* *L.* 5. *petitiones*, *L.* 6. *restituendæ*, *L.* 7. *per hanc legem*, *et L. ult. C. de adv.* 2. Hinc gloriosæ vocis munimen iisdem tribuitur. *L.* 14. *advocati*, *C. de adv.* 1. Neque frustra facundia in advocato requiritur. Quanquam enim ad bonam caussam non multis verborum lenociniis, aut orationis calamistris ac fuco opus est, sed tua sæpe verba, ut dicitur, sufficiant: tamen negotium ipsum oratione diserta judici explanandum est, ejusque partis, cujus quis patrocinium susceperit caussa argumentis fulcienda, adversarii vero sophismatis solide occurrendum est: Quam ad rem non parvum eloquentiæ robur requiritur. Quid quod sæpe etiam secundum poetam,

*Addidit invalidæ robur facundia caussæ?*

*Arte Cap.* 5. *n.* 4. Hoc quoque fuit tempus Pythagoreis, quo silendo discebant, Athenæ. 4. *Dinops.* 19. P. Greg. 49. *Synt.* 6. *n.* 26. Val. Guil. forst. 1. *Obs.* 19. Cæterum *d. L.* 3. §. 4. *et d. L.* 5. §. 4. de confortio advocatorum, seu collegio loquuntur, ad omnem indistincte pro se aliove postulantem non pertinent. Neque enim quisquis postulat, advocatus est. Et in judiciis certe inferioribus, ac caussis tenujoribus, quæ peritiores patronos non facile reperient, utique non doctissimos quoque admitti necesse est, modo plane rudes non sint, licteras ipsas nescientes. Quos dum admittit Accursius, irridetur ab A. Fab. *ad d. L.* 1. §. 3. *hoc tit.* Hi enim cæcis comparantur. *C. post translactionem* §. *si quis de Renunc.* Prudenter vero in Curiis superioribus probe constitutis certus numerus advocatorum definitus; nec recipitur, nisi requisita scientiæ juris, LL. ac consuetudinum loci, fides ac morum integritas adsit, aut publicum testimonium doctrinæ habeat, graduve Docturæ vel Licentiæ insignitus, Monach. *Pract. judic. P.* 6. *Cap.* 8. *n.* 18. *et seq.* Sicuti in Camera alios non admitti, Gail. 1. *Obs.* 43. *n.* 7. Et tamen cum præsumptio scientiæ ex gradus insignibus in pluribus Doctorellis, quos vocant, fallat, Arumæ. *Lib.* 1. *Decis.* 9. *n.* 23. inquiritur adhuc in eruditionem, Otho. Meland. *Comm. Cameral. P.* 1. *Cap.* 45. *fol.* 115. Confer. quæ ex Ala Magon. *Cynos. Advocat. Cap.* 41. *n.* 28. Lud. Suartzmejer. 1. *Misc.* 3. ubi conqueritur *dd. LL.* nostro seculo non servari, ac rabulis, qui ne prima quidem elementa didicerunt, aditum ad hoc officium fieri, et Lancel. Polit. *de Off. advocat. Cap.* 9. *num.* 7.

(36) In Florentinis habetur, *animas et linguas*, sicuti se scriptum vidisse, et legisse Florentiæ, testatur Ant. Aug. 2. *Emend.* 1. *pag.* 64. vid. Val. Guil. Forst. 1. *Obs. Succis.* 19. De eloquentia advocato necessaria ejusque vi etc. vid. Lanc. Polit. *de Off. advoc. Cap. ult.* Magon. *Cynos. advoc. P.* 1. *Cap.* 4. Pollet. 2. *Hist. fori* 13. Facundia vero requiritur, non stulta loquacitas. Quæ canina facundia dicitur Prudent. *in Hamartigenia.*

*Inde canina foro latrat facundia toto,*

Columella *in Præfat.* et alii, quos refert Cujac. 4. *Obs. ult.* Tiraq. *de Nobil. Cap.* 29. *n.* 8. Quia ut canes, dentibus ossa carnium rodunt, ita hi locutuleii linguis aureis judicis: et rabulario clamore sententiam, quam volunt, extorquere nituntur, Suartzmejer. 1. *Misc.* 3. Unde blaterones hi, quorum sermo in ore nascitur, non in pectore, A. Gell. 1. *Noct.* 15. qui in dicendo nihil possunt, in clamando bene robusti, et exercitati, Cic. *in Divinat.* latrare ad Clepsydram dicuntur Cic. 3. *de Orat.* Quos latratores vocat Quintil. *Lib.* 12. *Cap.* 9. clamantes ad stomachum litigatoris, non ad animum judicis. Cui ut Mich. Hospital. *Lib.* 1. *Epist.* 2. grave, pragmaticos inter subsellia raucos Latrantes audire; canino more, etc. Qui et compescere linguæ inanem volubilitatem potest dicendo: Garrula pica tace, ut festive Specul. *hoc tit.* §. 5. *n.* 2. et ex hac caussa advocatione interdicere, Barthol. Bertazzol. *Decis. criminal. Lib.* 2. *Cons.* 321. *ibique in Addit.* Claud. Bertaz. *lit. A.* Merito sane, ut P. Gregor. 49. *Synt.* 6. *n.* 30. dolendum, quod forum tot inutilia rabularum verba occupent, et impleant, tot parerga adferantur, et in rebus nihili ab ovo, quod dicitur, res repetatur, vel ex culice elephas fiat, tempusque pro negociorum expeditionibus necessarium, diffugiis inanibus pereat. Justeque ab allegationum modo immodico, et immoderato conqueritur Lanc. Polit. *de Off. advocat. Cap. ult. n.* 10. Quas ad pompam sæpius, quam quod caussæ merita poscant, effundentes vanam doctrinæ laudem aucupantur. Sæpius autem verborum et auctoritatum copia obruere adversarium, caussarum merita involvere, et impedire nituntur, ut quid verum falsumve sit, judici ægre apparere, aut recto judicio secerni possit. Qui nec sibi

Præterea Advocatum oportet (37) spernere pecuniam, neque ad turpe compendium stipemque deformem orandi occasionem arripere, sed laudis potius argumenta per eam quærere. Nam si lucro pecuniaque capiantur, veluti abjecti atque degeneres inter vilissimos numerabuntur: ut aurea oratione inquiunt Imperatores in *L.* 6. *quisquis*, *C. de postul.*

XXI. Insuper etiam examen duplex subeundum est ei qui advocatorum consortio sociari voluerit. Prius habendum coram Rectore Provinciæ ex qua oriundus est: vel si is absit, apud defensorem civitatis. In hoc examine gesta, id est, acta publica præsentibus cohortalibus confici debent, quibus prohibetur eum cohortali vitæ non subjacere. Non patitur dignitas ordinis advocatorum, ut in eum recipiatur, atque ad sedem amplissimam postulet, qui paulo ante fuit apparitor et officialis. Hujusmodi enim erat cohortalis conditio. Alterum examen instituetur apud Jurisperitos, Doctores ejus: in quo illud explorabitur, an peritia juris instructus sit. Turpe enim ipsi caussas oranti fuerit, jus civile in quo versaturus sit ignorare, ut Servio exprobratum fuisse accepimus. *L.* 2. *§. Servius*, *D. de orig. jur.* Hoc igitur jurati testabuntur jurisperiti. Jus constitutum in *L.* 11. *nemini*, *§. non aliter*, *Cod. de advoc.* 1. Sic etiam Grammatici, Rhetores, Philosophi, Medici atque Archiatri priusquam admittantur decreto ordinis sui approbari debent idonei. *L.* 2. *et L.* 10. *si quis*. *Cod. de profes. et med. L.* 11. *ut gradatim*, *§. reprobari*, *D. de mun. et honorib. L.* 6. *§. Et philosophos*, *D. de excusat.*

XXII. Postremo in matriculam quoque inseri ipsum oportet. Matriculæ advocatorum fit mentio in *L.* 13. *petitionem*, *C. de advocat.* 1. *L.* 1. *et L. ultim. C. de advocat.* 2. *L. ultim. C. de assessor.* Sed hoc ad statutos tantum cujusque fori advocatos pertinet, non etiam ad supernumerarios, qui vocantur. Sciendum est enim, advocatorum alios statutos esse, alios supernumerarios. Statuti, qui intra certum ac definitum numerum; supernumerarii, qui ultra eum. (38) Varius autem pro varietate fori erat advocatorum numerus, quem neque minuere licebat, nec augere vel excedere. V. G. in præfectura Prætoriana erant 150. *L.* 8. *cum advocatio*, *L.* 11. *nemini*, *§. ult. C. de advocat.* In foro præf. 80. *L.* 7. *per hanc*. *C. de advoc.* 2. alibi 50. alibi 40. alibi 30. In hos numeros postremo recepti ultimum obtinebant locum, unde postea gradatim ascenderent; neque progressus seriem prævertere licebat, aut superiorem gradum captare permutationum saltibus: optima ratione, ne videlicet adhuc Tyrones jam veteribus interessent. (39) *d. L.* 7. *§.* 1. *et L.* 8. *nemo*, *C. d. tit.* Quem ordinem successionis etiam medici observare jubentur. *d. L.* 10. *de profess. et medic.* Qui in eo numero primus erat seu primicerius, is fisci patronus ex suo collegio deligebatur, quæ major est dignitas. *L.* 2. *et* 3. *jubemus*, *C. de advocat.* 2. sed de fisci advocato mox separatim.

XXIII. Diximus supra, servum advocatum esse non posse. *argum. L.* 6. *C. de judic.* De liberto quid dicemus? In libertis sane multa hærent etiam pristinæ servitutis vestigia et veluti maculæ; nec omnia quæ ingenui homines facere possunt. Verum hic nullum est inter libertinum et ingenuum discrimen. Possunt enim liberti quoque esse advocati, et desiderantibus patrocinia præstare, dummodo cætera respondeant, id est, si ita sint

diserti videntur, nisi ad quodvis indubium enunciatum ex. gr. Non entis nullæ sunt qualitates, silvescant in eorum ore, ut Cujac. *Cons.* 23. consilia, opiniones, decisiones DD. infinitæ. Cum ex verborum numero potius, quam pondere operam suam æstimari velint. Polit. *d. n.* 10. Unde crebro indiscussos ipsos caussæ articulos relinquentes, in parecbasibus et excursionibus toti sunt. Et ut Martial. *Lib.* 6. lusit; cum lis est de tribus capellis. Hi Cannas, Mithridaticumque bellum, et perjuria Punici furoris magna voce sonant, etc.

(37) Facit *L.* 1. *§.* 5. *de extr. cogn.* vid. Lanc. Polit. *de Off. advoc. cat. Cap.* 3. Magon. *Cynos. advoc. cat.* 57. ubi de artibus Harpyarum forensium, hirudinum generis humani, ut vocat Pollet. 2. *Hist. fori* 3. Quos Scal. *Lib.* 3. *Poet. Cap.* 25. alienarum fortunarum atque etiam capitis mercatores, aut potius mangones vocat: Harpyas crumenimulgas, quæ nec sanguine quidem miserorum, exsaturari queant.

(38) Vid. P. Gregor. 49. *Synt.* 6. *n.* 9. *et* 10. Cujac. 16. *Obs.* 22. ubi docet advocatos olim non fuisse perpetuos, sed hoc officio certo tempore functos, aliis suffectis, majores honores adscendisse.

(39) Fac. *L.* 10. *C. de profess.* *L.* 15. *Cod. de jur. immun.* *L.* 1. *Cod. de primicer.* *L.* 13. *Cod. de prox. sacr. scrin.* Confer Matth. de Afflict. *Decis.* 1. *n.* 8. *ibique in annotat.* Cæsar. Ursill. *n.* 13. *et seqq.* Io. Montan. *de Auct. consil. Parlam. Gall.* (*habetur post Decis. et Cons. Boer. cum ejusd. add.*) *n.* 90. *et seqq.* Ant. de Gamma *Decis.* 1. Hotom. *Cons.* 105. Decian. *Cons.* 21. *Vol.* 1.

literis eruditi, neque aliis impedimentis vitiisve laborent. Nec tantum liberti Cæsaris, sed etiam privati cujuslibet. *L.* 2. *C. de postul.* Sic etiam assidere liberti possunt. *L.* 2. *D. de offic. assessor.*

XXIV. Denique advocatus esse non potest, (40) Clericus et Monachus. *cap.* 1. *cap.* 2. *et c. ultim. extra de postul.* exceptis paucis casibus ibidem expressis. Clericis enim opprobrium est si se peritos esse velint disceptationum forensium, ut ait Justinianus. *L. consulta.* 23. *Cod. de testam.*

XXV. Atque hæc de advocati persona: quibus et hæc duo addenda sunt. 1.° non posse (41) quem in ea caussa esse advocatum, cujus est judex. *L.* 6. *quisquis* in princ. *Cod. de post.* Oportet enim aliquod esse discrimen inter arbitrum seu judicem, et advocatum seu causidicum. Hic victoriæ studiosus et cupidus est; At judex a studio et cupiditate, ab odio et gratia vacuus esse debet. Deponat igitur personam judicis, qui causidici sumpsit, ac induit: neque idem qui necessitatem standi sibi ipse elegit, jus fedendi (quod est judicis) sibi arroget. *dict. L. quisquis.* Quanquam hæc ad officium advocati etiam referri possint. Huic simile est quod neque testimonium quis dicere potest in ea caussa, cui patrocinium præstitit. Quod mandatis caveri dicit Arcadius. *L. ultim. Digest. de testib.* quod item assessori nullo modo concessum est, eo tempore quo adsidet negocia in suum auditorium tractare, *lege penult. Digest. de offic. assessor.* imo ne in alio quidem advocatus esse potest. *L. ultim. Cod. de assessor.*

XXVI. Deinde quem prætor, aut sacræ constitutiones pro alio postulare prohibuerint, is repellitur ab hoc officio non tantum si adversarius contradicat, eique impedimentum objiciat et alleget, verum etiam si consentiat, et patiatur. *L.* 7. *quos prohibet. Digest. de postul. faci. L. filiusfamilias.* §. *veterani*, *Digest. de procurat.* Paulus *lib.* 1. *recept. sentent. tit.* 2. Cur ita? An non regula est juris antiqui, omnes licentiam habere, his quæ pro se indulta sunt, renunciare? *L.* 51. *si quis in conscribendo*, *Cod. de episcop. et cleric. L. penult. Cod. de pact.* Concederemus hanc regulam hic locum habere, si ista prohibitio in favorem duntaxat litigantium, ac non potius (42) jure publico ad conservandam tribunalium, et judiciorum dignitatem facta esset. Jam vero alia regula est, qua traditur, jus publicum privatorum pactis mutari et convelli non posse. *L.* 38. *jus publicum. L.* 42. *inter. Digest. de pactis.*

XXVII. De Officio ac munere advocati deinceps videamus. Et primum quidem de advocatorum, tum de fisci advocatis. Id vero uno verbo est, adesse litigatoribus, a quibus advocati sunt. *L.* 6. §. 1. *L. ultim. Digest. de postul.* Horum igitur caussas agere, orare, perorare, horum patroni esse. his patrocinium præbere, exhibere, præstare debent: horum desiderium in jure apud eum, qui jurisdictioni præest, exponere, et alterius (adversarii scilicet) desiderio contradicere, *d. L.* 1. §. *postulare*, *Digest. de postulan. L.* 2. *et L.* 6. *quisquis*, *Cod. eod. L.* 9. *si quis L.* 11. *nemini*, in fin. *et L.* 13. *petitionem*, *Cod. de advocat.* 1. *L. rem non novam.* §. 1. *Cod. de judic.* ambigua fata caussarum dirimere, laborantium spem, vitam et posteros defendere. *L.* 14. *advocati*, *Cod. d. tit.* Sed partes hujus officii distinctius ac plenius enumerantur in *d. L.* 6. *quisquis*, *Cod. de postulan. et L.* 14. *rem non novam*, §. *patroni. Cod. de judic.* quæ partim in faciendo, partim in omittendo positæ sunt, ut ex ipsa harum enumeratione facile apparebit.

XXVIII. Principio igitur omni ope niti advocatum decet, ut clientibus suis, quod (43) verum et justum esse existimaverit, sugge-

(40) Et monachi quidem nec in foro ecclesiastico, nisi exposcat monasterii utilitas, abbate impetrante *Cap.* Monachi 35. *can.* 16. *Quæst.* 1. *Cap.* 2. *ext. h. t.* Spec. *h. t.* §. 1. *n.* 2. Clerici vero pro se et ecclesia etiam in foro sæculari *Cap. ult. ext. hoc tit.* ne prohibitio ad ecclesiæ utilitatem destinata, in ejus perniciem vergat, Vasquius 1, *ill. Contr.* 31. *n.* 29. In foro autem ecclesiastico, posse etiam de sæcularibus negociis, statuit Marta *de Jurisdict. P.* 4. *Cap.* 115. *n.* 11. *et n.* 13. posse quoque scriptis consulere pro laicis, cum solum hic prohibeatur, ne ipsi adsint in foro laicorum. Maxime vero in capitalibus caussis prohibentur, ut per hoc, irregularitatem incurrant, de quo Ignat. Lopez. *Pract. crim. Canon. Cap.* 102. vid. et Magon. *Cynos. advocat. Parte* 2. *Cap.* 11. *n.* 2. *et seqq.* P. Gregor. 49. *Synt.* 6. *n.* 24.

(41) Specul. *hoc tit.* §. 1. *n.* 10. allegans *L.* 17. §. 4. *D. ad munic. L.* 5. versic. *in posterum Cod. Qui mil. poss. Lib.* 12. et similes, quæ hoc parum probant. De pœna sic judicantis, et an jure ipso repellatur, ut sententia nulla sit, an recusari debeat, fuse Barthol. Bertazzol. *Decis. criminal. Cons.* 550. Judicem prioris instantiæ in caussa appellationis, patrocinium præstare posse victori, Ant. Fab. *in Cod. Fabr. tit. de postul. defin.* 1.

(42) Alias edicti auctoritas, in litigantium arbitrio posita, erit Auton. Fab. *ad d. L.* 7. Forner. 2. *Select.* 4.

(43) Absint fraudes fallaciæ, illæque ut Claud. Cantiuncula *in Parænesi de fiut. stud.*

ral: atque ad id nihil studii reliquum facere debet. Quod si vel a principio statim, vel in progressu certaminis animadverterit, caussam clientis sui esse improbam, vel penitus desperatam, et ex mendacibus allegationibus compositam, sciens prudensque mala conscientia ei non (44) patrocinabitur, sed a caussa recedet. Quo facto non liceat ei, qui

*Legal.* barbarissimæ et nobili ingenio indignissimæ, ac vaferrimæ juris cautelæ, ex verborum legis aucupiis et prava in alienum sensum detorsione ortæ, præcipuum nunc rabularum pabulum. Sicuti advocatum instruit Speculator *hoc tit.* §. 7. ut ambiguis et duplicibus sermonibus utatur. Cæpolla ut vera falsis, utilia inutilibus misceat, in quem invehit Polit. *de Off. advoc. C. ult. n.* 13. dum sit, quæsivisse illum jura quibus juri adversari posset. Noverit autem cavillationibus occurrere et captiosas argutiolas diluere, et elidere. Ipse iis non temere utatur, nec nisi cum necessarium esse duxerit ad cavillationes adversarii evitandas, aut caussam obtinendam Cov. 1. *Var. Resol.* 2. *n.* 1. tum cum liquido sibi de justitia ejus constet. Cum dolo malo facere non videatur, qui fraudem excludit *L.* 77. §. 31. *de leg.* 2. Et doli boni species sit, si quis per dissimulationem sua tuetur *L.* 1. §. 2. *de dolo* vid. *supra Lib.* 15. *Cap.* 40. *N.* 3. Cretizandum enim contra Creteusem, et fallacia alia, aliam trudit. Malitiæ per malitiam occurritur juste, nec calumnia utitur, sed prudentia, qui alium fallit ne fallatur. Alb. Gent *Lib.* 2. *de Armis. Rom. Cap.* 2. *p.* 113. Gail. *de Arrest. Imperii C.* 11. *n.* 34. Pluresque cavillationes, ac fraudes non melius, quin et aliquando non aliter omnino, quam oppositis aliis redargui possunt. Et ut Augustin. *C. dominus* 2. *C.* 23. *Quæst.* 2. cum justum bellum susceperis, aperta pugna, an insidiis vincas nihil ad justitiam interest. Vid. Tiraq. *Præfat. de Retr. lign. n.* 70. *et* 2. *seqq.* Decian. 1 *Tract. crim.* 5. *n.* 18. Myns. 13. *Obs.* 6. Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 2. *n.* 17. Magon. *Cynos. advoc. P.* 2. *C.* 4. *n.* 11. Rosbach. *Process. tit.* 18. *n.* 20. Gutier. *Pract. QQ.* 60. *n.* 4. Quanquam vero Covar. *d. lo* uti et Gutier. Parlad. et alii, mendacio tamen, et falsitate omni, etiam contra fraudes adversarii interdicant, cum illo nec ad mortem evitandam uti licitum velint. *Cap. ne quis* 14. *et seqq. cau.* 22. *Quæst.* 2. Et quanquam omne mendacium indistincte peccatum statui videatur *Cap. ne his* 11. *et seqq. d. Q.* 2. scite tamen ostendit Alb. Gentil. *Disput. de Abusu mendacii* a mendacio *officioso*, *non omnino refugiendum esse.* (*) Quod et pluribus exemplis ex sacra pagina confirmat *C.* 15. in quibus illustre est, illud Jacobi *Genes.* 28. Et ut idem Gent. *C.* 7. cum dolum bonum admittant Jurisconsulti, isque non modo factorum sit, sed et verborum, eo ipso mendacium certis casibus licitum esse convincitur. Et Cic. 1. *Off.* justum esse negare interdum, quæ ad veritatem pertinent. Quin officiosum mendacium, nec vere, et proprie, est mendacium, ut ibid. Gent. *C.* 16. Quare saltem in extremo casu, et prærupto amittendæ rei suæ periculo, non peccare, dicemus, falsa allegatione usum. Quid enim si qui 100. mutuo accepit secreto, eademque secreto itidem solvit, conveniatur conditione certi. Putat Myns. 3. *Obs.* 6. posse eum etiam jurato negare se quidquam accepisse. Nam si fateretur, ac de solutione exciperet onere probandi in se devoluto, utique in lite succumberet. Neque cautiones, quas tradit Gutier. *d. Q.* 60. *n.* 1. qui numerationem veram negare non licere, sentit, facile ei prodesse poteruut, etc.

(44) Anton. Massa Gales. *Lib.* 3. *de Exerc. Jurisperit. n.* 12. *et seqq.* Habendus, sit, accuratus delectus. Et nec suscipiendæ caussæ, nisi quæ sunt, aut videntur justæ; nec obstet pudor quo minus susceptam, cum melior videretur, cognita iniquitate dimittat. Etsi enim jurejurando promiserit se operam ad finem litis usque præstiturum comperta iniquitate caussæ, licite sine metu perjurii desistit, Menoch. *Arc. Cap.* 494. Setser. 1. *de Juram.* 17. *n.* 16. *et seqq.* Quæ vero hic cautio adhibenda advocato, ut caussæ virtus, vitiumve illi constare possit ex Quintil. *Lib.* 12. tradit Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 2. *n.* 24. Quod si tamen caussa dubia in facto, vel jure, et in utramque partem anceps, salva conscientia suscipi censet Gutier. 1. *Pract. Q.* 26. *et seqq.* etsi adversæ partis rationes præstent, modo clientulum de eo moneat, nec ulla falsitate utatur, proferens quæ pro sua faciunt, reliqua subticendo. Sed hæc in civilibus. Criminalem autem dubiam contra reum suscipiendam non censet, nisi maxima pro actore probabilitas. Idem *Q.* 28. in caussa injusta posse compositionem tentari, modo fraus, calliditas, mendacia absint. Contra Caccial. *de Off. advocat. Q.* 4. *n.* 6. in caussa injusta nec licite induci ad transactionem, cum

(*) Quodcunque mendacium, licet officiosum divino oraculo vetitum: *Noli velle mentiri, omne mendacium Eccl.* 7. et aliis sacrarum scripturarum locis innumeris. *Quod scriptura sacra prohibeat vel pro alterius vita mentiri*, testatur SS. Pontifex Alexander III. *Cap.* 4. *ext. de usur.* Conspirat in idem D. Augustino duce, et post illum D. Thoma Aquinate communis Theologorum sententia. A vero itaque discedit Albericus Gentilis, si ea scribit, quæ hic de illo narrat Osualdus. Jacobi exemplum *Gen.* 28. aut abest ab omni mendacio, ut sentit Augustinus; aut si in illo leve mendacium sit, hominis illud est, at non Dei: quæ responsio et in reliqua cadit similia petita e sacris literis exempla vid. Joan. Laur. Berti *Lib.* 2. *de Theolog. disc pl. Cap.* 7. et Scholion *eid. Cap.* adjunctum. *Lib.* 20. *Cap.* 10. *Ven. Edit.* 1760. *pag.* 199.

malam atque iniquam caussam fovet, ad alium patronum recurrere.

XXIX. Si plures sint ejusdem caussæ patroni, eaque quibusdam justa, aliis iniqua videatur (ut sunt varia hominum judicia, nec cujusvis est æquum ab iniquo statim separare, cum sæpe actiones humanæ multis involucris tegi atque obtendi possint) illi quidem in patrocinio perseverent, hi illud deponant, nec alii in eorum, qui recesserunt locum substituantur, *d. L. 14. rem non novam*, §. *patroni*. *Cod. de judic.* Eamque ad rem (45) jurisjurandi religione adstringi advocati jubentur, sive judicium, in quo caussa agitur, majus sit, sive minus, et tam apud judices, quam apud arbitros ex compromisso, vel aliter datos, aut electos. Saluberrima profecto constitutio: quæ si exactius nostris moribus observaretur, non est dubium, quin multo paucioribus litibus fora et judicia nostra perstreperent, ac major esset futura inter cives concordia atque conjunctio, in qua maximum Reipublicæ bonum situm est.

XXX. Porro non debet advocatus esse prævaricator. Si prævaricatus sit, pro temeritate commissi extra ordinem punietur. Et ita de caussa principali denuo quæretur, *L. 1. Cod. de advoca.* 1. Prævaricator proprie est, qui cum reo in judicio publico colludit, et translatitie, seu dicis caussa defungitur accusandi munere, eo quod proprias quidem probationes dissimulet, falsas vero rei excusationes admittat, sive qui diversam partem adjuvat prodita caussa sua. *L. 1.* §. 6. *prævaricatorem*, *Digest. ad Senatusconsul. Turpillian. L. 1.* §. 1. *Digest. de prævaricat.* Hic inquam proprie prævaricator dicitur. (46) Advocatus autem, qui sui clientis caussam adversario prodit, non proprie prævaricator dicitur. Et hic extra ordinem puniri solet. *d. L. 1. C. de advocat.* 1. juncta *L. 1.* in fin. *Digest. de prævaricat.* Nam quod Imperator ait, pro temeritate commissi sententiam adversus eum non deesse, id clarius Ulpianus, extra ordinem puniri solet, dixit. Huc refero, quod Claudius Saturninus scripsit, infidas advocationes puniri. *L. 16. aut facta* in princip. *Digest. de pœn.* Puniuntur, inquam, extra ordinem. Quoties enim nulla specialis pœna rescriptis principalibus imposita est alicui delicto, caussa cognita liberum est arbitrium statuendi ei, qui cognoscit, ut ait Ulpianus in *L. 1.* §. *expilatores*, *Digest. de effract.* sive brevius: Ubi pœna in lege vel constitutione principis, vel statuto non exprimitur, ibi pœna intelligi debet extraordinaria. Quod argu-

ita alienum injuste quis accipiat. Ast si sciens prudens injustam litem foveat, mortaliter eum peccare et teneri clienti ad restitutionem damni, *Q. seq.* etsi quendam artic. suscipiat ad impediendam, differendam, perturbandamve caussam principalem: item teneri in foro conscientiæ parti adversæ læsæ, Vasq. *Contr. usu freq.* 10. *n.* 49. Quod si per ignorantiam bona fide, non teneri, vid. Gutier. *n.* 5. *et* 6. hoc declarans. De quo, et quæ ignorantia, ac quando advocatum hic excuset, Parlador. 1. Rer. *Quotid.* 2. De litium iniquarum patrocinatoribus, pluribus Magon. *Cynos. advoc. P.* 1. *Cap.* 7. *n.* 31. *et Cap.* 11. *n.* 9. *et P.* 2. *Cap.* 20. *n.* 17. *et Cap.* 39. *ac C.* 42. *et seqq.* Speculat. *hoc tit.* §. *nunc tractemus* 3. P. Greg. 49. *Synt.* 6. *n.* 30. *et seqq.* Joan. Bapt. Caccialup. *de Off. advocat. Quæst.* 4. Lancellot. Polit. *de Off. advocat. Cap.* 4. ubi *n.* 3. conqueritur infelicis ingenii haberi, nosse caussas probas defendere: disciplinæ vero altioris malas contra veritatem sustinere. Sicuti Demosthenes caussa improbi hominis suscepta, amicis se ita purgasse dicitur: Probos et innocentes defensoribus non indigere. Johan. Heidfeld. *Sphynge philos. Cap.* 24. *p.* 319. In quos rabulas caussarum vulneratores vide gravem invectionem Zasii *in L.* 2. §. *post hos quoque* 46. *de O. I. n.* 4. *et* 5. *seqq.* add. Duar. *de Pasculo aulico Polit. Ax.* 338. Hier. Pruckner. *Addit. ad Maynard. Lib.* 1. *Decis.* 87. *lit. A.* Arumæ. *Lib.* 1. *Decis.* 9. *n.* 24. Hering. *de Fidejuss. Cap.* 19. *n.* 32. *et* 2. *seqq.*

(45) Cui simile juramentum advocatorum Cameræ *Ord. Cam. P.* 1. *Cap.* 64. cujus quatuor præcipua capita Rosbach. *Process. Tit.* 18. *n.* 32. Monach. *Pract. Judic. P.* 6. *C.* 8. *n.* 20. etsi Bulgar. *d.* §. 1. desuetudine, ab aula recessisse velit ref. Zas. *ibid.* qui male hanc Justiniani sanctionem damnat, quasi sic detur cliens lacerandus perfidiæ advocatorum, quidvis hisce minis, se deserturos caussam ex bona conscientia, a clientibus extorsuri.

(46) Si pro cliente fictitie, dicis caussa, pro adversario serio re ipsa certet. Freher. 3. *de Infam.* 6. *n.* 14. ubi et mandati judicio eum ob dolum teneri censet. Vid. Menoch. *Arb. Cap.* 323. Magon. *Cynos. advoc. P.* 2. *Cap.* 23. *et Cap.* 48. *n.* 10. *et seqq.* Gutier. 1. *Pract. Quæst.* 30. Confer. de prævaricatione Cujac. 9. *Obs. ult.* Pollet. 4. *Hist. fori* 3. Matth. Klok. *ad L. transigere P.* 3. *Cap.* 3. Si tamen salarium promissum justumve, ei qui sem dedit patrocinii præstare renuat cliens, posse illum adversam partem defendere, statuit Gutier. *d. Q.* 37. Magon. *P.* 1. *Cap.* 8. *n.* 31. Qui vero pro una parte consulendo respondit, non debere deinde aliam adjuvare, nisi aliis rationibus, quam de quibus consilio suo egit, eam uti compererit, ut Gutier. *d. Quæst.* 30. *n.* 5. vel si sequuta facti, aut opinionis mutatio, vid. Freher. 3. *de Infam.* 13. *n.* 8. *et* 9.

mento illius textus pro generali regula tradiderunt Bartolus et alii. Idemque et aliis locis comprobarunt: ut *L. hodie*, 13. *Digest. de pœn. L.* 1. *§. ait prætor*, *Digest. de jur. deliber. L.* 15. *§.* 1. *Digest. ad Senatuscons. Turpillian. L.* 8. *ordo. Digest. de public. judic.* Sed sufficit optimus. *text. in d. leg.* 1. *§. expilatores. Digest. de effract.*

XXXI. Præterea universi advocati ita præbere debent patrocinia jurgantibus, ut non prorumpant in licentiam convitiandi, et maledicendi temeritatem: sed potius agant quod litium utilitas poscit, et quod caussa deriderat: ab injuria temperent: non autem negocio derelicto in adversarii sui contumeliam, aut palam pergant, aut subdole. Si quis adeo sit procax, ut non ratione, sed (47) probris putet certandum esse (non doctis dictis, sed maledictis, ut ait Ennius) ejus pœna est, ut opinionis suæ imminutionem patiatur, id est. ut ignominia notetur, *d. L.* 6. *quisquis*, *§. ante omnia*, *Cod. de postulan.* Cavebit quoque advocatus, ne litem de industria protrahat atque protelet. *d. L.* 6. *§. nemo ex industria*, *Cod. de postulan.* id quod quidam faciunt (48) legum contortores, bonorum extortores, vere, ut ille dicebat, vultures togati.

XXXII. Præterea non debet ádvocatus cum cliente suo, quem in suam fidem recepit, pendente lite de parte aliqua ejus summæ, quæ in lite versatur, sive de societate futuri emolumenti pacisci; Quod vulgo pactum de quota litis appellant. *L.* 5. *si qui C. de postula.* Honorarium quidem certe advocato debetur usque ad certum modum. *L.* 3. *si sub specie*, *Cod. dict. tit.* Modus hic sive licita quantitas est in singulas caussas usque ad centum aureos. *L.* 1. *§. si cui cautum*. *D. de extraordin. cognit.* Sed de lite pacisci non licet, et litis caussa advocato pecunia malo more promittitur, ut est in rescripto Divi Severi, et Antonini, quod laudat Ulpianus *d. L.* 1. *de extraordin. cognit.* Estque hæc deprædatio quædam, ut ait Constantinus *d. L.* 5. *Cod. de postul.* Unde ei Quintilianus eleganter vocat. (49) *pactionem piraticam.* Nihil enim non promittet litiganum, quod illis plerumque tacitæ pactiones tales sint, *supra Lib.* 15. *Cap.* 44. *N.* 2.

(47) Etsi Tacit. *de Orat.* advocatos offendere subitæ dictionis impetu, magna impunitate peccantium. Et Apulei *Apol.* 1. morem concessum rabulis, quo ferinæ linguæ suæ virus alieno dolori locare solent, vid. Freher. 3. *de Infam.* 13. *n.* 4. ubi imprimis monet, ne advocatus ergs judicem injurius, importunus, aut inverecundus sit, add. Lanc. Polit. *de Off. advocat. Cap.* 10. *n.* 16. *et seqq.* Pollet. 2. *Hist. fori* 9. *p.* 159. Magon. *Cynos. advoc. Cap.* 46. *et C.* 49. Pravum autem consilium Specul. *hoc tit. §. jam nunc* 4. *n.* 9. ut si partis adversæ patronus, sit melancholicus, aliqua ei dicantur, per quæ moveatur ad iram, unde non possit suum bene ordinare sermonem.

(48) Concinnatores caussarum vocantur *L.* 9. *§.* 2. *de off. procons.* qui litem cavillis reprobis, in longum producere satagunt, Coras. *ibid. n.* 1. *et* 1. *Misc.* 4. qui moratores, Cicer. *in Divinat.* si recte ibi pro *oratorum*, *moratorum*, reponit Cujac. 4. *Obs. ult.* vid. Magon. *Cynos. advoc. P.* 2. *Cap.* 10. *et Cap.* 46. *n.* 17. Unde lites immortales mortalibus hominibus superstites sæpe 100. annum superant: sicuti 150. annos de finibus litigatum inter Gualdenses et Fabrianenses, refert Hjeron. de Monte *Tr. Fin. reg. Cap.* 101. *n.* 3.

(49) Quint. *Lib.* 12. *Cap.* 7. Paciscendi piraticus mos, et imponentium periculis pretia, procul abominandus, ref. Freher. 3. *de Infam.* 13. *n.* 2. Quam Cujac. 16. *Obs.* 16. definit societatem futuræ victoriæ conventam inter dominum, et Procuratorem. Est enim hæc redemptio litis alienæ, ἐργολαβία Jo. Steph. 2. *de Jurisdict.* 12. *n.* 7. Eventus enim litis redemptus videtur *l.* 15. *Cod. de procur.* Quæ et ratio coercendi cessiones nomi-

Et hæc pactio irrita, etsi ita, ut sumptus litis eroget advocatus hac lege: ut si vincatur, eos perdat; sin vincat, partem victoriæ auferat *L.* 15. *de pact.* Hot. *ibid. et* 5. *Obs.* 20. Quin nec sumptus in eam litem, cujus partem redemit, impensos repetere licet *L.* 20. *Cod. L.* 6. *§. ultim. D. mand.* Licet enim utile per inutile vitiari non solet, pœna tamen hæc turpis redemptionis, Don. *ad d. L.* 20. *n.* 7. Idem est, si de re certa, seu particulari pactio: non ad modum quotæ: veluti si lis de hereditate, pactio de re hereditaria, Konig. *Process. P.* 1. *Tit. de Procur. p.* 127. *et Tit. de Adv. p.* 164. Trentacinq. 2. *Pract. Resol. T. de Postul. Resol.* 1. *n.* 4. Sed etsi de certa summa, quæ in lite non versatur, in eventum litis prosperum, veluti si vincam 100. sin caussam perdam nihil per *L.* 7. *Mand. ibid.* Bart. quia perinde lis redimitur, Trentac. *d. lo. n.* 5. A. Fab. *ad L.* 53. *de pact. Stat. Mediol. Cap.* 431. ubi Horat. Carpan. Vinc. de Franch. *Decis.* 265. Aliud si simpliciter de certa summa, nullo habito respectu, neque ad rem litigiosam, neque ad exitum litis, Ant. Fab. *d. lo.* Plura de consceleratis his pactionibus, quæ advocatos ab honestorum cœtu, judiciorumque conspectu removent, ut loquitur *L.* 1. *C. Th. de post.* pete ex Trentac. 2. *Pract. Resol. Tit. de Postul. Resol.* 2. Menoch. *Arb. Cap.* 522. Hot. et A. Fab. *d. lo.* Horat. Carpan. *Stat. Mediol. C.* 429. *vol.* 1. Maynard. *Lib.* 3. *Decis. Tolos.* 12. ibique in *Addit. Hjer. Pruckn.* P. Greg. 49. *Syn.* 6. *n.* 33. Magon. *Cynos. adv. Cap.* 8. *n.* 32. *et seqq.* Ayrer. *Process. P.* 1. *Cap.* 1. *Obs.* 7. *n.* 4. *et seqq.*

tor, quantumvis sibi grave futurum sit ad præstandum (nam imperat omnis qui rogat potentior, ut est in mimis). Nihil quoque non molietur et machinabitur advocatus, et in omnes nequitiæ formas se induet, quo victoriam obtineat spe lucri propositi illectus, ut partem ex victoria auferat. Quam eandem ob caussam etiam procuratoribus hoc pactum interdicitur, ne litem, sive litis incertum contra bonos mores rediment. *L.* 15. *litem*, *Cod. de procurat.* *L.* 6. §. *ult. et L.* 7. *Digest. mandat.* *L.* 20. *si contra*, *Cod. mand.* *L. sumptus C. de pact.* Cum itaque hæc conventio manifestum habeat invitamentum ad delinquendum, et contra bonos mores facta sit, merito a jure improbata est. Ex generali regula *L.* 5. *D. de pact. dota. L.* 6. *C. de pact. cum simil.* Cæterum, si post caussam actam cauta sit honoraria summa, etiam ad certam partem emolumenti quæsiti, placet eam peti posse usque ad probabilem modum seu licitam quantitatem. *d. L.* 1. §. *si cui cautum*, *D. de extraord. cognit.* Quippe hic parta jam victoria cessat illa delinquendi falsique committendi illecebra: nec mutat, quanvis nominatim propter palmam partam, id est, propter victoriam cautum sit: hoc enim est, quod ait I. C. *palmarii nomine.*

XXXIII. Pœna advocati talis est, remotio ab officio, sive ut ab hac professione penitus arceatur. *d. L.* 5. *C. de post. et d. L.* 6. §. *ult. D. mand.* Sed num alios contractus, aut conventiones advocatus cum cliente suo (50) pendente lite facere potest, ut an emptionem et venditionem, etc? Ne hoc quidem; prohibitum est enim *L.* 6. *quisquis*, §. *præterea*, *C. de postul.* Caussa prohibendi duplex. Primo enim metuendum fuit, ne in fraudem superiorum legum de parte litis interponerentur alii contractus, quorum prætextu ad eandem societatem emolumenti litis perveniretur: quod sane factu facile esset simulatis aliis contractibus. Hoc autem non minus improbatum legibus. *L. non dubium. C. de legib.* *L.* 29. *et L.* seq. *D. eod.* *L. qui testamentum*, *D. de prob.* Deinde quantumvis veri et non simulati contractus essent, tamen fenestra aperiretur advocatis ad vexandos et concutiendos miseros clientes suos: a quibus per occasionem susceptæ caussæ facile quidvis extorquerent, ne noceant, dum cliens advocati sui operam quolibet sumptu redemptam eumque sibi faventem habere cupit.

XXXIV. Ad hæc advocati officium est (51) judicis præcepto obtemperare assignantis eum vel huic, vel illi parti. Quod si cui sine probabili caussa patrocinium suum deneget, foro ipsi in perpetuum interdicitur, nec unquam ad agendum admittetur. *L.* 7. *providendum*, *C. de post.* Nam ita jus est, ut si quis advocatum non inveniat, vel machinatione adversarii, vel ob suam paupertatem, vel ob ætatem pupillarem, vel quod rebus suis superesse non possit, puta, quia morbo perpetuo laborat, vel alia quavis de caussa, huic proconsul, vel prætor, vel judex advocatum attribuat, vel petenti, vel etiam ultro: ut supra dictum ex *L.* 1. §. *ait prætor*, *D. de postulan.* *L.* 9. *D. de offic. procons.* Fit etiam nonnunquam, ut præstantissimi quique advocati stent ab una parte, ab altera infirmiores minusque exercitati. Hic judex suas partes interponet, dabitque operam, ut veterani cum tyronibus, etiamsi forte hi caussam tueantur meliorem et æquiorem, tamen victoriam penes illos futuram. Qui igitur his personis assignatus fuerit, earum patrocinium suscipere debet. Nisi faciat, ita ut dixi, punitur.

XXXV. Denique advocati est non ultra biennium a judicii loco abesse sine commeatu, et cum commeatu non ultra quinquennium. Qui diutius abfuerit, pœnam hanc patitur, ut de matricula penitus aboleatur, nec unquam possit pristinum gradum suum recuperare, aut ejusdem sedis advocatis adsistere (52) *L. ultim. Cod. de advocat.* 2. Constituit hoc generaliter Justinianus, cum antea Justinus in *L.* 7. *Cod. eod.* cavisset tantum de advocatis Constantinopolitanis, ne ultra trium annorum spacium ab urbe abessent. Et hæ fere sunt partes officii ad-

(50) Sed si ante litem initus, ea suscepta non irritatur, vid. Ronig. *Process. P.* 1. *pag.* 163. Munera vero pendente lite recipere, ut deceat vel non, vid. Magon. *Cynos. adv. Cap.* 24. Pollet. 2. *Hist. fori* 11. *p.* 176. Donatio facta advocato, lite finita, ob patrocinium præstitum, quatenus valeat, Georg. de Cabedo *P.* 1. *decis.* 19.

(51) Quando enim publicum hoc munus, ad id inviti, nisi justa sit excusatio, compelli possunt, Gail. 1. *Obs.* 43. *n.* 3. Myns. 4. *Obs.* 32. Rosbach. *Process. Tit.* 18. *n.* 11. P. Gregor. 49. *Synt.* 6. *n.* 37. Covar. 3. *Var. Resol.* 14. *n.* 1. ubi reprobat Glossam statuentem olim ideo potuisse, quia salaria publice constituta, hodie cessante ea ratione non posse.

(52) Vid. Cujac. 13. *Obs.* 1. qui *d. L. ult.* quæ de præfecturæ prætorianæ advocatis, non adversari, ostendit *L.* 7. §. 2. *C. eod.* ibi trium annorum, quia illa de advocatis præfecturæ urbicariæ.

vocati vulgaris, qui privatorum caussas agit. Illud autem, quod est in extremo *d. L. quisquis, C. de postulan.* Advocati esse in agenda caussa (53) stare, magis ad decorum pertinet et honorem, quem privati magistratui exhibere debent, quam ad officium proprium advocati: neque tam constitutione quam communi intelligentia indiget. Eo antea inter officia advocati est a me prætermissum. Et tamen quia etiam de eo in superiore lege cautum est, non putavi hoc loco prætermittendum. Videtur etiam hic respici ad antiquum morem, quo oratores stare, auditores et judices sedere solent, ut ex Demosthene et Cicerone constat. Sequitur de advocato fisci, quæ ab eo præstanda sint: de quo mox proprio capite dicemus.

XXXVI. Posteaquam de officio advocatorum satis, ut videtur, pertractavimus, quo neglecto pœnas graves ipsis expectandas esse diximus: Consequens videtur, ut etiam de ejus observati ac præstiti præmiis agamus. Recte enim ac præclare Solon præmiis et pœnis Rempublicam contineri ajebat. Cui convenienter Plutarchus, duo hæc quasi alimenta quædam virtutum esse scribit. Nam et præmii spes ad optima quæque studia promptiores, et pœnæ metus ad pravas et improbas actiones efficit tardiores. Ulpianus quoque juris sacerdotes cupere ait bonos efficere, non solum metu pænarum, verum etiam exhortatione præmiorum. *L. 1. §. 1. D. de justit. et jur.* Ac de pænis quidem advocatorum, qui officium violarent, non est, quod hic denuo explicationem instituamus. Hoc tantum ex superiori tractatu meminisse poterimus, pœnas neglecti officii advocato imminere fere quadruplices: vel enim advocatione ipsi interdicitur: idque (ut diximus) nunc in perpetuum, nunc ad tempus, nunc in uno tantum foro, nunc in omnibus locis: interdum etiam foro, quæ pœna est gravior. *L. 9. moris, D. de pæn.* Huc pertinent, qui de matricula penitus delentur. *L. ult. C. de assessorib. L. ult. C. de advoc.* 2. Vel deportationis pænam sustinet, cum qua conjuncta est publicatio omnium bonorum. *L. ult. C. de postulan.* vel ignominia notatur. *L. 5. si qui. et L. 6. quisquis C. de postul.* vel pœna afficitur arbitraria. *L. 1. D. de prævaricat. L. 1. C. de advoc. L. 3. C. de advoc. fisc.*

XXXVII. Dimissis igitur pœnis videamus de præmiis ac privilegiis, quibus advocati gaudent potissimum concessu ac munere Imperatorum. Nam horum constitutionibus plurima maximaque accepta ferre debent, cum in Jurisconsultorum veterum scriptis de advocatorum præmiis præter honorarium fere nihil reperiamus. At Imperator quomodo ait? *Laudabile* (inquit) *vitæque hominum necessarium advocationis officium maxime principalibus præmiis oportet remunerari* Præmiorum alia ad ipsos advocatos pertinent, alia ad ipsorum filios et hæredes. Deinde alia habent a privatis clientibus suis: alia ex publico. Præterea alia sunt advocatorum vulgarium (ita voco eos, qui privatorum caussas agunt). Et inter hos ipsos alia eorum, qui in inferiore foro aut tribunali, alia eorum qui in superiore: alia et quidem majora advocatorum fisci. De singulis ordine cognoscamus, et primum quidem de advocatis vulgaribus. Nam de fisci advocatis separatim agendum est.

XXXVIII. Advocati vulgares a clientibus suis hoc præmii habent, quod vocamus usitate, (54) honorarium, vel saliarum, vel stipendium, vel solatium, et summam honorariam, interdum etiam palmarium, quasi quod ob victoriam caussæ (hanc enim utraque pars litigantium sperat et optat) datur.

(53) Sic jubet *Nov.* Mannelis Comneni (edita cum aliis 9. a Carolo Labbæo) *C. 2.* advocatos cum modestia stare debere, nec adsidere judicibus dum contendunt, Plin. *Lib. 1. Ep. In tribunatu abstinui caussis agendis, quod deforme arbitrabar, cui loco cedere omnes oportet, hunc omnibus sedentibus stare.* Cujac. *in Nov. 71.* Et litigatoribus etiam honoratis jus residendi, dum caussæ aguntur, negat *L. 1. C. de off. civ. jud.* etsi alias sedendi illis cum judice societas non neganda *L. 2. L. 5. C. de prox. sacr. scrin. Lib. 12. t. 19.* Ioh. Montan. *Tr. de Auctor. magni consilii et Parlam. Gal.* (qui habetur post *Cons. Boerii cum ejusd. addit.*) *n. 41.* Solis illustribus id privilegium ac jus sedendi, si in crimen vocati *L. ult. in fin. pr. C. ubi Senat. vel clar.* Quanquam Pollet. 1. *Hist. fori* 5. *p.* 36. necessitatem hanc mores, non jus introduxisse, velit; nec in juris ideo præscriptum peccare advocatum, si sedeat. Cum Quintil. *Lib.* 11. *Cap.* 3. eorum, qui sedentes agunt, mentionem faciat. Verum addit Quintilianus fere fieri in rebus minoribus. Et idem *d. Lib.* 11. *C.* 1. *Ridetur merito qui apud disceptatorem de re levissima sedens*: etc. In judiciis ergo apud pedaneos forte id necessarium non fuit; ast secus pro tribunali et apud magistratus majores.

(54) Ita vocatur annua quævis erogatio tuendi, vel exhibendi gratia, *L. ult. de in rem verso* a sale, vitæ necessario, ut Plin. *Lib.* 31. *C.* 7. elemento, P. Greg. 49. *Synt.*

Ac de eo extra ordinem jus ipsi dicitur,: Qua in re judex ita versabitur, ut pro modo litis, pro advocati facundia, et consuetudine fori ac judicii, in quo caussa agitur, æsti-

8. *n.* 4. Honorarium, non merces. Hæc enim arti commensurata, ast scientia civilis pretio non æstimanda *L.* 1. §. 5. *de extr. cog.* P. Greg. 49. *Synt.* 8. *n.* 2. Pollet. 2. *Hist. fori* 11. vid. *supra Lib.* 12. *C.* 14. *N.* 7. et Rulant. *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 7. Rauchar. *P.* 1. *Quæst.* 25. *n.* 17. A. Gent. *de Actorib. fabul. Cap.* 15. M. Ant. de Amatis *Dec.* 52. Palmarium vero dicitur, quod post victoriam ejus nomine præstatur per *L.* 1. §. 12. *de extr. cog.* Vocari idem suffragium *tit. C. de suffrag.* ab auxilio præbito, sentit P. Greg. *d. C.* 8. *n.* 3. quia sic suffragari dicimus, et suffraganeos episcopi. Sich. vero ad *Rub. C. d. tit.* exponit ipsam advocationem, per quam merentur salaria. Sed verius, qui suffragium ibi esse intercessionem aulicorum apud principem, per quam quid impetratum, vid. Alc. 2. *Parad.* 14. Duar. 2. *Disp.* 21. Rob. 2. *Sent.* Olim lege Cincia cautum, ne quis ob caussam orandam pecuniam, donumve acciperet, Tacit. *Lib.* 11. *et* 13. Postea SCto, Claudio imperante, modus ea iendis pecuniis positus, usque ad dena sestertia, quæ egressi repetundarum tenerentur, Tac. *d. Lib.* 11. Quæ 100. aureis a ICto in *d. L.* 1. §. 12. taxantur, P. Fab. *ad L.* 1. *de just. et jur. p.* 13. *et seq.* Manut. *de LL. Rom. p.* 146. Pol. 2. *Hist. fori* 11. ubi dena sestertia 250. aureos, vel coronatos nostratis pecuniæ ellicere, scribit, ut et Hot. *in L.* 13. §. 9 *C. de jud.* Quia vero Nerone antiquior Claudius, apparet errare Pol. *d. C.* 11. *initio*, dum ante tempora Neronis, qui teste Sueton. *in ejus Vita C.* 17. certam justamque patrociniis mercedem constituit, mercedes advocatorum arbitrarias fuisse, censet. Excipiunt tamen caussas criminales, et famosas, in quibus plus accipere licere, statuunt, arg. *L. pen.* §. 1. *de donat.* Trentac. 2. *Pract. Resol. Tit. de Post. n.* 2. Beust. *in L. admonendi* 31. *de jurejur. n.* 265. Menoch. *Cap.* 513. *n.* 4. Pluribus de salario advocatorum Gail. 1. *Obs.* 44. Menoch. *Arb. Cap.* 513. P. Greg. 39. *Synt.* 8. *n.* 5. *et seqq.* Magon. *Cynos. adv. P.* 1. *Cap.* 8. Flores. Diez. *Lib.* 1. *Q.* 8. *n.* 46. *et seqq.* Hjer Magon. *Dec. Flor.* 12. Ayrer. *Process. P.* 1. *C.* 1. *Obs.* 7. Pol. 2. *Hist. fori* 11. Lanc. Polit. *de Off. advoc. Cap.* 3. Sed num pro opera citra laboris impendium præstita debetur salarium, si advocatu consilium in promptu fuit, nec opertuit libros revolvere? Huc, licet *Gl. in Cap. non licet Cap.* 11. *Quæst.* 3. neget, et Lanc. Polit. *d. Cap.* 4. *n.* 8. qui non scientiæ sed laborum duntaxat, ac operæ impensæ intuitu, modum mercedis æstimandum vult, quia quod gratis acceptum est, gratis rependi debeat; Haud injuria tamen affirmant Konig. *Process. P.* 1. *Tit. de Advoc. P.* 152. Caccial. *de Off. advoc. Quæst.* 1. *n.* 8. quia non legitima solum ratio præsentis laboris, sed et exacti in jure addiscendo temporis. Alias quo quisque jure doctior, eo deterioris conditionis foret, etc. Cæterum et qui certo salario operam addixit, non tenetur pro eodem in causa appellationis, quia etsi caussa eadem, instantia tamen diversa, Sich. *in L.* 13. *C. de Proc. n.* 15. Konig. *d. loc. p.* 166. etsi patrocinium promiserit usque ad sententiam definitivam, nisi usus sit verbis nimis generalibus. Coler. *Decis.* 230. *P.* 2. Confer Petr. de Bella Pertica *Q.* 7. Sed et ei qui ad finem litis adesse recipit, debetur salarium, etsi lis amicabili compositione transacta, ac etsi alio procurante, quia per advocatum non stetit, etc. Konig. *Process. P.* 1. *Tit. de Procur. p.* 128. Aliud tamen in palmario, ratione victoriæ promisso, nisi doceat advocatus de victoria, statuit Sich. *ad L. un. Cod. de Suffrag. n.* 13. Unde etsi annuum in caussa salarium, ut assolet, promissum, et advocatus priori anno liti adstitit, posteriori vero transactum, nec præter epistolam forte unam quidquam toto anno conficiendum, integrum anni posterioris salarium deberi, censet Jacob. Schult. *Quæst. pract.* 5. tum quod non opera sola, sed et scientia, probitas ac studium, semper paratum spectata fuerint; tum quod sufficiat, per advocatum non stetisse, etc. Quid si quis annua salaria habeat a pluribus, pro litibus agendis, quæ eo anno occurrent, et inter hos ipsos clientes lites exhorta? vid. Magon. *Cynos. adv. P.* 1. *C.* 8. *n.* 56. Quibus actionibus salarium petatur, Gail. 1. *Obs.* 44. *n.* 3. Martin. Monter. de Cueva *Decis.* 36. Rosbach. *Process. Tit.* 18. *n.* 28. Petr. de Bella Pertica *Quest.* 6. P. Greg. 49. *Synt.* 8. *n.* 8. Denique pauperum caussas gratis suscipere advocatum compelli, pœna interdictionis fori, tradunt, ac peccare qui operam illis gratuitam recusat, Menoch. *Arb. Cap.* 369. *n.* 4. Gail. 1. *Obs.* 43, *n.* 11. *et seqq.* Rebuff. *Privil. schol.* 90. Johan. Bapt. Caccial. *de Off. advoc. Quæst.* 3. Magon. *Cynos. advocat. P.* 1. *Cap.* 10. Thom. Actius *de Privil. infirmit. P.* 2. *lit. A.* v. *Advocati n.* 6. Sebast. Med. *de Cas. fort. P.* 2. *Q.* 4. *n.* 11. Covar. *Pract. Q.* 6. *n.* 4. Barthol. Bertaz. *Lib.* 2. *Decis. criminal. Cons.* 321. ubi in *Addit. Claud. Bertaz.* Quin imo peccare, si ab eo oblatum recipiat, Rol. a Valle *Cons.* 87. *n.* 28. *et seqq.* ref. Horat. Carpan. *Stat. Mediol. Cap.* 83. *Vol.* 2. licet datum repeti nequeat, Tiraq. *de Nobil. Cap.* 29. *n.* 41. Expedit vero advocato, pauperum salarium ex publico constitui, Caccialup. *d. Q.* 3. *n.* 2. *et* 10. Covar. *d. n.* 4. Quia vero pauper æstimandus judicis arbitrio, communius tribuunt Menoch. *Arb. C.* 61. P. Mat. Wehner. *Pract. Obs. de V. S.* verbo *Armuth.* Quod declaratur *Decis. noviss. Boiæ* 48. *n.* 2. *P.* 2. si de paupertate absolute agatur, secus si respectu certi alicujus et determinati effectus, veluti debiti solvendi: In Curia vero Elect. Sax. jurato testari tenentur *dass sie an allen ihren Gutern beweglichen und unbeweglichen Schulden und Gerechtigkeiten uber* 75. *Gulden lieutsch nicht werth haben.*

mationem adhibeat. *L.* 1. §. *in honorariis*, *D. de ext. cognit.* Non debet etiam advocatus aspernari id, quod sibi semel officii gratia litigator obtulerit. *L.* 6. *quisquis*, *C. de postul.* Hujus licita quantitas quænam sit, supra diximus, nimirum in singulas usque ad centum aureos ex *d. L.* 1. §. *si cui cautum*, versic. *licita*, *D. de extraordin. cognit.* Non debet autem honorarii loco advocatus litem malo more redimere, aut de futuro emolumento societatem cum cliente suo coire: quod ipsum quoque quale esset, paulo ante exposui. Quod si advocatus sibi aliquid pactus sit ultra licitam honorarii quantitatem, hanc pactionem placuit non valere, sed hactenus solum esse inutilem, quatenus cautio legitimum modum egressa est, ut solemus dicere de donationis majoris 50. solidis, nec insinuatæ superfluo, et de mandati finibus superatis. Adeo autem inutilis est pactio, ut etiam ex ea caussa solutum placeat repeti posse. *d. L.* 1. §. *in honorariis*, versic. *si Julius*, *D. de extra. cognit.* non utique tanquam indebitum solutum (alioqui nisi per errorem facti solutum repeti non posset) sed tanquam datum ob turpem causam, cujus turpitudo in advocato solum versetur, non in cliente.

XXXIX. Deinde Imperatores advocatis filiisfamilias hoc privilegium concesserunt, ut quicquid ex professione advocationis ejusve occasione quæsierint, id præcipuum sibi vindicent habeantque pro peculio quasi castrensi *L.* 4. *fori*, et *L.* 8. *cum advocatio*. *C. de advoc.* 1. *L. ult. C. de inoffic. testamen.* Quod idem etiam assessoribus datum esse supra diximus ex *L.* 7. *velut*, *C. de assessor.* Dicitur hoc peculium quasi castrense, ideo, quia ad exemplum militum introductum est, *d. L.* 4. sive ad imitationem peculii castrensis. *d. L. ult. C de inoffic. testam.* Ratio exponitur *L.* 14. Quia et horum quædam est militia, sed togata, sed literata. Nam Imperatores crediderunt, non illos solos imperio suo militare, qui gladiis, clypeis, et thoracibus nituntur, id est, armatæ militiæ milites, et quibus proprie hoc nomen competit, sed etiam advocatos, et caussarum patronos, qui gloriosæ vocis confisi munimine laborantium spem, vitam, et posteros defendunt: qui dirimunt ambigua fata caussarum: qui suæ defensionis viribus sæpe in privatis ac publicis rebus lapsa erigunt, et fatigata reparant. Hos, inquam, non minus censent humano generi providere, quam si præliis atque vulneribus patriam parentesque salvarent. *d. L.* 14. Hujus autem quasi castrensis peculii, hoc est jus, ut nec parentibus superstitibus quicquam in eo acquiratur, sed totum pleno jure ad advocatos pertineat, etiamsi sint in potestate, nec post eorum obitum cogantur conferre cum fratribus, atque in divisionem deducere. Nec enim oportet eorum labores aliis fructum vel lucrum afferre. *argumen. L. ultim. C. de silentiar. lib.* 12. Sed hac de re suo loco plenius est a nobis expositum.

XL. Præterea advocati donantur onerum personalium immunitate, ut nulla penitus sollicitudo actus publici ipsis injungatur, aut ingeratur invitis nulla inspectio, nulla peræquatio, nulla operis extructio, nulla discussio, nullum ratiocinium imponatur, nullum denique aliud eis mandetur, præter arbitrium in eodem duntaxat loco, ubi advocationis exercent officium. (55) *L.* 1. *L.* 6. *sancimus*. *L.* 13. *petitionem*, in fin. *C. de advoc.* 1. *L.* 3. *jubemus*, §. *ult.* et *L.* 5. *petitiones*, §. *ult. C. de advoc.* 2. Arbitrium intellige munus judicandi, quod recusare non possunt. Poteritne ergo idem esse, et judex et advocatus? minime. Est enim contra expressam *L.* 6. *quisquis*, *C. de postulan.* Sed tum demum arbitrium recte mandabitur advocato, cum hoc officio fuerit perfunctus. Nominatur ibi inter cætera munera et onera etiam exhibitionis seu deductionis onus. Exhibere est alere multis in locis juris nostri, ut *L.* 5. *D. de agnos. lib. L.* 36. *Nesennius*, *D. de negot. gest. L.* 1. §. 1. *D. de offi. præf. urb. L.* 5. *D. de naut. fœn. L. ult. D. de in rem vers. lib.* 1. *feud. tit.* 6. in fin. *Justin. lib.* 9. 11. et 22. Itaque hic exhibitionem intelligo, alimentorum præbitionem factam, vel principi et ejus comitatui, vel præsidi provinciæ, vel proconsuli, vel legato. Sed observandum *d. L.* 3. et 5. de advocatis fisci agere.

XLI. Porro non est omittendum et hoc

(55) Et privilegia fori, aliaque studiosorum retinebit, vid. Matth. Steph. *de Jurisdict. Lib.* 3. *P.* 2. *C.* 5. *n.* 41. *et seq.* Quin et ab oneribus realibus, tributorum immunes esse contendit Guido Pap. *Decis.* 88. *et* 388. quod pluribus operose firmat Matth. Steph. *d. P.* 2. *C.* 10. *n.* 16. *et seq.* Contra, usu obtinere, certum est, Gutier. *Pract. Q.* 23. Toming. *Decis.* 55. Discussionis quoque seu disceptationis rationum fiscalium onus personale, mandari advocatis potest *L.* 2. *Cod. de discuss. Lib.* 10. *t.* 30. Quæ ne repugnet cum *d. L.* 6. *Cod. de advoc.* 1. ibi *nulla discussio*; ideo Cujac. *in d. L.* 3. eam legem 6. ad illustrium et spectabilium judicum advocationem refert.

privilegium, quod primates advocati ad gradum et officium patroni fisci provehi soleant. *L.* 2. *C. de advoc.* 2.

XLII. Præterea advocati comitis rerum privatarum, et proconsulis Asiæ præmium deposito officio hoc erat, ut clarissimis connumerarentur. *L.* 1. *C. de advoc.* 2. De quibus dignitatum titulis, ut scilicet alii perfectissimi appellarentur, alii spectabiles, alii clarissimi, alii illustres, alii supra illustres, vide et *L.* 26. *eos C. de usuris.* Et Alciatus, Duarenus aliique explicant. Deinde etiam provinciæ rectores, sive ut Imperatores loquuntur, excunsulares moderatores creabantur contemplatione exhaustorum laborum. *L.* 9. *si quis*, et *L.* 13. *petitionem*, *C. de advoc.* |1. Qua tamen administratione sine labe peracta, licebat eis ad prius officium advocationis redire, unde sibi vitæ subsidia cumparabant. *d. L.* 9.

XLIII. Erant et alia quædam advocatorum hujus, aot illius fori sua ac peculiaria præmia ac privilegia, ut præfecturæ urbicariæ, ut præfecturæ prætorianæ per Orientem, ut præfecturæ per illyricum, etc. *L.* 5. *quicquid*, et *L.* 7. *iisdem*, *C. d. tit. L.* 17. *jubemus. C. de advoc.* 2. Quæ qualia fuerint, cum in legibus non exprimantur, curiosius quærere non videtur operæ precium. Jam olim namque mutata Reipublicæ forma hæc quoqoe una sunt commulata: Quanquam etiam ad nostros mores, nostraque tempora facile accommodari poterunt ab eo, qui attender[e] velit.

XLIV. Atque hæc et his similia præmia habent ipsi advocati dum vivunt. Sequuntur alia, quæ partim liberis eorum defunctorum, partim etiam extraneis hæredibus indulta sunt. Quale est primo, quod filii togatorum caussas agentes cæteris supernumerariis et extraneis præferuntur, dum tamen et ipsi justo tempore juri operam dederint, et facundia præditi sint: Et quidem gratis sine ulla suffragii præstatione, aut sumptu recipiendi sunt. *L.* 11. et *L.* 13. *petitionem*, *C. de advoc.* 1. *L.* 3. §. *et filios*. *L.* 5. *L.* 7. *C. de advoc.* 2.

XLV. Deinde advocatus qui diem suum objerit, totius anni solatia transmittit ad hæredes, tam extraneos, quam liberos, et tam ab intestato, quam ex testamento. (56) *L.* 15. *post duos*, §. 1. *C. de advoc.* 1. *L.* 3. et *L.* 5. §. *ult. C. de advoc.* 2. Sed obstare his videtur. *L.* 13. *petitionem*, versic. *quando autem*, *C. de advoc.* 1. ubi hæredes defuncti patroni fisci nihil sibi commodi acquiri posse sperare debent. Respondeo hoc ita intelligendum esse, ut ipsi defuncto succedere non possiut (subrogatur enim statim alius, qui gradu ei proximus erat in advucatorum matricula sive ordine) non ut solatia defuncti eis non (57) debeantur. Deberi enim, aliis legibus nimis diserte continetur.

(56) Quanvis enim *dd. LL.* nominatim de advocatis fisci loquantur. Unde hoc in illis speciale videri potest, communi tamen DD. sententia, honoraria annua, quorumcunque advocatorum eodem jure censentur, Flores Diez. *Var. QQ. Lib.* 1. *Q.* 8. *n.* 58. Myns. 3. *Obs.* 8. Gail. 1. *Obs.* 44. *n.* 12. Rosbach. *Process. Tit.* 18. *n.* 27. Wes. *in Par. C. de Advoc.* 1. *n.* 5. Rauchbar. *P.* 1. *Quæst.* 25. *n.* 9. ubi *n.* 15. et *seqq.* id in omnibus obtinere, scribit, quibus annoa stipendia ob operam et officium liberale præstantur, non tam ut labor mercede, quam ut beneficiom antidoro compensetur. Secus in salariis ministrorum, mercenariorum, opificum, etc. quæ proprie mercedes dicuntur. Sicuti et salaria illa advocationis, assessorii, etc. quæ non tam laborem, quam probitatem scientiæ principaliter respiciunt, etiam pro tempore licitæ, vel concessæ absentiæ, deberi, tradunt, etsi aliud sit in conductis, respectu laboris et operarum, vid. M. Anton. de Amatis *Decis.* 52. An vero salarium advocato debeatur initio litis, quod vult Ronig. *Process. P.* 1. *Tit. de Advoc. p.* 162. Sicb. *ad L. un. C. de suffrag. n.* 6. *et* 7. Gail. 1. *Obs.* 44. *n.* 12 an fine ut Myns. 3. *Obs.* 7. au medio, pluribus Magon. Cynos. *advoca. Part.* 1. *C.* 8. *n.* 15. *et seqq.*

(57) Ita et Salic. *in d. L.* 13. *n.* 1. ref. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 25. *n.* 7. Cujac. *in L. ult. Cod. de domest. et protect. Lib.* 12. *tit.* 17. salarium insequentis anni heredibus negari, illis verbis, quod heredibus domesticorum, et protectorum a subrogato præstandum ex *d. L. ult.* iu qua dubitandi ratio.

## CAP. IV.

Quæ advocati potestas sit in caussa suscepta, vel ut clienti prosit, vel ut noceat. Et de errore aut dolo advocatorum: et quid in advocatorum errore judex pro officio facere possit vel debeat.

*Transitio et divisio.* I.
*Advocatus clienti suo prodesse potest: numquam vero ita nocere ut id remedio juris emendari nequeat.* II.
*Sive ipse cum adversario colluserit; sive per errorem facti absente domino quid in caussa peccaverit.* III.
*Immo et illud emendari poterit, quod sit ab advocato præsente domino peccatum; et quomodo.* IV.
*Contrariis occurritur;* et L. error 7. de jur. et fact. ignor. *illustratur.* V.
*Conclusio.* VI.
*Etiam illud emendabitur, quod per juris errorem peccaverit advocatus.* VII.
*Objectis fit satis.* VIII.
*Quod ex imperitia reticuit advocatus, judex supplet ex officio.* IX.

I. His de advocatorum persona, præmiis, officio breviter cognitis, restat qui quartus in his locus erat, ut quæ sit eorum potestas in caussa suscepta, videamus: sive quæritur, an sine his nihil recte agi possit in caussa: sive quæritur, an his agentibus quod dixerint fecerintve in caussa, prout id per se ad caussam utile est, aut inutile, ita clienti prosit, aut noceat. Et de priore hoc ante omnia statuendum est, non ita caussam susceptam esse in advocati potestate, ut deinceps nihil sine eo in caussa geri possit. Quod jam ab initio monui, etiam hic nobis repetendum est. Caussa advocato potest carere: ut si forte aberit, quæcunque absente eo acta erunt et judicata, non repugnante litigatore, nihilominus rata sunt: nec velamento absentiæ patroni caussæ liceat (1) finita retractare: cautum in *L. velamento, C. de post.*

II. Solum ergo in eo advocati potestas est, si quid dicat aut faciat in caussa, quod caussæ prosit, vel noceat. Hæc potestas quæ sit et quanta, quæritur. Et prodesse agendo clienti suo advocatus semper potest: nocere non item. Quidquid recte dixit, egitve in caussa advocatus, ejusmodi est, ut quoniam ad utilitatem caussæ confertur, etiam clienti prosit: qui inde consequitur, ut vincat: victoriæ autem commodum ad eum solum pertinet. Quod si quid advocatus falsi in caussa dixit, aut cum ab adversario diceretur falsum, admisit, quod caussam læserit: non continuo id nocet clienti, quin idoneis remediis juris emendari et retractari possit.

III. Interest in eo, utrum quid advocatus fecerit dolo malo, dum colludit cum adversario; an vero errore. Si quid dolo malo per collusionem: adeo facto clienti non nocet, ut neque absenti, neque præsenti noceat: atque adeo ne ob eam quidem caussam victo, nec provocanti: quin collusione comperta liceat victo denuo de eadem re agere *L. 1. C. de advoc. diu. jud. L. Divus, 33. D. de re jud.* Sin quid hic peccatum est ab advocato per errorem, dum puta dicit aut fatetur rem aliquam esse alterius, quæ erat clientis; refert utrum absente litigatore id factum sit, an præsente. Si absente; vetus constitutio est, advocatorum errorem absentibus litigatoribus non nocere. *L. ultim. C. de err. advo.*

IV. Si præsente, contra: de quo ita cautum est in *L. 1. C. eod.* ea quæ advocati præsentibus iis quorum caussæ aguntur, allegant, proinde habenda sunt, ac si ab ipsis dominis proferantur. Atqui prolatum a domino in caussa, ipsi noceret, nisi in tempore mutatum et correctum esset. Quare et ab advocato allegatum præsenti domino similiter nocebit. Sed perperam allegatum postea emendari potest. Quæritur, quando et quibus modis. De quo comprehensum est in *d. L. ult. C. de error. advoc.* ad hanc sententiam; ut cliens quo præsente aliquid perperam allegatum est ab advocato errante, id comperto errore mutare possit et ante sententiam, et post sententiam adversus eum latam. Ante sententiam quidem contradicendo; verum intra triduum, ex quo id perperam allegatum est, non longius. Post

(1) *L. 1. C. de repud. bon. poss.* Etsi absentia advocati, justa caussa petendæ dilationis, per *L. 15. §. ult. L. 23. §. ult. D. ex quib. ca. mai. L. in fi.* ibi et *necessitas C. de dilat.*

sententiam autem, ut appellet; quod vel hujus unius erroris emendandi caussa facere concessum est.

V. In quibus duo dicimus digna animadversione. Videtur enim, nisi quid attendimus, utrumque negari in *L. error*, *C. de jur. et fact. ign.* Ideo utrumque explicationis indiget. Primum hic dicimus, quod per errorem ab advocato perperam allegatum est, ita pendente judicio mutari posse a litigatore, ut id fiat intra triduum; cæterum post triduum ante sententiam non posse. Atqui in *d. L. error.* Ita definitur; errorem facti necdum finito negotio nemini nocere. Quid est hoc, nondum finito negotio nemini nocere, nisi quandocumque ante sententiam dum lis pendet, errorem rectractari posse, et effici ne noceat? Minime vero hoc eo dicto significatur. Non enim qui dicit hunc errorem non nocere, sed mutari posse, idem dicit omnibus modis quibus libet, et omnibus temporibus mutari posse, ne noceat. Ergo hæc ita cohærent, atque hoc modo interpretanda sunt. Error facti, qui in allegationibus advocato oritur, pendente lite clienti non nocet. Sed non nocet suis modis. Quibus ergo videndum est. Et hoc est, quod de hac specie explicatur (2) in *d. L. ult. C. de error. advoc.* Non nocet his modis, si contradicatur pendente lite intra triduum: aut sententia lata, si appelletur. Quod posterius si fiet, appellatio interposita efficiet, ut vere intelligatur error facti retroversus nunquam ne pendente quidem judicio clienti nocuisse: quorum appellatio exstruxit pronuntiationem. *L.* 1. in fin. *D. ad Turp.* Rursum dicimus, si quid in caussa peccatum sit ab advocato errore facti præsente litigatore, et inde sententia adversus clientem lata, nihilominus ejus erroris mutandi caussa appellari posse. At etiam hic contrarium putes, quod subjicitur in *d. L. error.* Sic enim verba sunt; *nam caussa decisa velamento tali* (id est erroris facti) *non instauratur.* Sed et hoc multo minus quam superius est contrarium. Dictum est enim de caussa decisa. Ea autem demum decisa intelligitur, quæ vere et cum effectu decisa est, id est ita decisa, ut transierit appellandi tempus, atque ita nullo remedio juris attentari possit. Verba enim cum effectu accipienda sunt. *L.* 1. in fin. *D. quod quis. jur. L. pen.* §. 1. *D. ne quis eum qui in jus voc. est, vi exi.* Nos de non decisa loquimur, quippe de ea a qua jure potest appellari, proinde et de qua sic potest iterum agi, quasi de re omnino judicatum non esset, appellatione, ut dixi, judicatum infirmante, *d. L.* 1. in fin. *ad Turp.*

VI. Ergo de his quæ advocati præsentibus clientibus suis allegant, dicunt, aut fatentur errore, quo caussam lædant, summa huc redit: ea ut oportet non retractata dominis nocere, perinde ac si ab ipsis allegata dictave essent: tempestive autem et suis remediis retractata non nocere. Remedia opportuna retractandi hæc esse, ut aut pendente adhuc judicio, intra triduum domini contradicant: aut si triduum exierit, sententia lata intra tempora legitima appellent: sic enim in caussa appellationis licere errorem mutare.

VII. Atque hoc in errore facti recte dici convenit: congruunt enim cum perpetua regula juris quæ efficit facti errorem nemini nocere. *L. error*, *L. regula*, *D. de jur. et facti ig.* Quid si peccatum erit ab advocato ignorantia juris? finge non satis peritum juris advocatum præsente domino aut sciente nec contradicente, per imperitiam juris aliquid dixisse, aut scripsisse in caussa, quod si sequatur judex, advocatus caussa cadere debeat. An ne hic quidem error aliter nocebit domino litis, quam error facti: ut liceat etiam hunc retractare, et intra triduum contradicendo, et sententia lata per appellationem? Nam *L. ult. C. de err. adv.* quæ de hoc errore constituit, generaliter de potestate erroris advocatorum emendandi scripta est: verbo autem erroris nisi quid alibi excipitur, constat utrumque errorem contineri et facti et juris. *L.* 2. *L. error, D. de jur. et fact. ign.* Rursum regula juris est, juris ignorantiam cuique nocere. *d. L. regula*, *D. eod.* Dicendum est non magis hic errorem advocati in jure domino præsenti nocere, quam errorem facti, pariterque utrumque iisdem remediis atque iisdem temporibus emendari posse: uti et in hæc verba scripta est. *d. L. ult. de err. adv.*

VIII. Non obstat regula juris, errorem juris omnibus nocere. Habet enim hæc regula hanc exceptionem ad omnes personas pertinentem, nisi versetur error in damnis admittendæ rei nostræ. Errorem juris in damnis admittendæ rei suæ nulli nocere placet. *d. L. error*, *D. de jur. et fact. igno.* Hujus autem generis est hic error, qui in

(2) Aliter Sich. *in d. L. ult. n.* 2. post, Cast. videlicet intra triduum si revocet, sufficere nudam allegationem erroris, post triduum vero requiri probationem.

allegationibus ad caussam pertinentibus admittitur ab advocato. Nam quandiu nobis lis pendet apud judicem, nondum nobis res amissa est, sed est ea potius, de qua non amittenda laboramus. Proinde in damno hujus caussæ error juris in ea admissus non magis domino nocebit, quam facti error quanvis justissimus. Sic nocebit (3) uterque si nec mutatus erit pendente lite, nec a sententia ex hoc errore lata appellatum sit. Tum enim caussa vere decisa est: de qua generale illud tenendum est positum in *d. L.* error, *C. de jur. et fact. ignor.* caussam semel decisam nullo velamento erroris ne facti quidem instaurari posse.

IX. Quod si error advocati in jure ne tum quidem domino nocet, cum is dixit aut fecit aliquid in caussa domino præsente; multo minus nocebit, si quid imperitia juris omisit advocatus, quod ad caussam obtinendam pertinebat. Et tamen utrumque ita nocere potest, si sententia ex hoc errore lata, dominus in eodem errore ad extremum manens ab ea sententia non appellarit Quod cum sæpe accidere soleat imperitia aut Socordia advocatorum deceptis dominis, huic periculo occursum est bonis legibus, et cautum in *L. unic. C. ut quæ desunt advoc. part. jud. sup.* ut si quid a litigatoribus, vel ab iis qui negotiis adsistunt, minus fuerit dictum, id judex (4) suppleat, et proferat, quod sciat legibus et moribus convenire. Id significat officium esse boni judicis, si quid in jure erratum animadverterit ab advocato, non ideo sequi errorem ejus, sed in sententia dicenda contempto eo errore judicare secundum ea, quæ novit legibus et moribus esse consentanea. Quæ constitutio cum ad emendandum errorem juris, qui in advocato est, pertineret, recte atque ordine factum est, ut ea subjiceretur in Codice, titulo, *De errore advocatorum.* In juris errore meminerimus hoc dictum esse, et datum judici contemnendi mutandique hujus erroris potestatem. Ad (5) errorem facti non pertinet: de quo illud dictum est, præsidem provinciæ in iis, quæ de facto dicuntur, probanturque, id solum sequi debere, quod convenit eum sequi ex fide eorum, quæ probantur, *L. illicitas*, §. 1. *D. de offic. præs.*

(3) Quomodo autem advocati imperitia, vel negligentia puniatur, et ut parti teneantur, vid. Spec. *hoc tit.* §. 9. *n.* 17. Konig. *P.* 1. *Tit. de Procur. p.* 125. *et seqq.* Caccial. *de Off. adv. Q.* 4. Mag. *Cynos. advoc. Cap.* 32. *et* 2. *seqq.*

(4) Quare si ex actis, vel confessione constat, actorem carere actione, judex ex officio, parte etiam non petente, recte repellit, *Gl. in L.* 40. verbo *aut pæna Cod. de trans* Moll. *ad Nov. Elect. Sax.* 25. *P.* 1. *n.* 6. Sicuti et ex *d. Nov. Sax.* præscriptionis exceptio omissa, sed de qua manifeste liquet, judicis officio suppletur.

(5) In facto tamen supplere posse, quando de iis, ex actis clare apparet, per *C. dilecti de judic.* Myns. *Decade* 3. *Resp.* 25. *n.* 7. Consuetudinem, quia facti est, etsi notoria sit, si partes non allegant, judicem supplere non posse, vult Sich. *ad d. L. un. n.* 5. Quod merito reprobat Arnm. *Disp. Pand.* 5. *Th.* 8. quia judici non minus consuetudinis, quam legis scriptæ ratio habenda. Et ipsa consuetudo facti non est, sed cum quæritur an sit. Sed et consuetudinem notoriam excipit Wes. *Par. Cod. Ut quæ desunt advoc.*

## C A P. V.

### De advocatis fisci.

*Qui hujus tractationis usus.* I.

*Qui talium advocatorum numerus, officii tempus, salarium, præmia publica apud Romanos.* II.

*Advocatorum numerus et dignitas, et emolumentum nostris temporibus a cujusque principis aut populi voluntate dependet.* III.

*Quod fisci advocatorum munus apud Romanos; quæ horum pæna si officium desererent.* IV.

*Fisci advocatus in caussa fisci qui potestate differret ab aliis in caussis privatorum.* V.

I. Quæ de advocatis huc usque diximus, omnium advocatorum communia sunt. Quædam sunt advocatorum fisci propria, proposita etiam in Codice proprio titulo cum hac inscriptione, *de advocatis fisci*, tum varie sub titulis *De advocatis diversorum judiciorum*, et *De advocatis diversorum judicum:* quæ ideo et nunc separatim bre-

viter attingemus. In quibus etsi pleraque pro temporibus et locis varie constituta sunt a Romanis, quæ apud alias gentes, mutata Imperii et Reipublicæ forma, non item observantur, aut pro arbitrio constitui aliter possunt: tamen sunt ejusmodi quæ nos erudire possunt, quid hic sit utile aut retinendum, vel imitandum in Rebuspublicis nostrorum temporum. Si nihil aliud, certe ad historiam Romanorum judiciorum pertinebunt; illud etiam efficient, ut sciamus, quid in tam multis constitutionibus, et tam prolixis superiorum titulorum quærere debeamus: quorum maxima parte de his advocatis cavetur.

II. Advocatorum fisci propria hæc constituta legibus Romanorum: Numerus advocatorum fisci; Tempus ejus officii; Salaria; Præmia publica; Officium; Potestas in caussa. Numero bini advocati attributi præfectis Prætorio: aliis præfecturis summis, quæ fuerunt in provinciis, (1) unus. *L. binos*, *L. sancimus*, 12. *C. de ad. div. judic.* Officii tempus in binis illis prætorianis annuum: in cæteris biennale fuit, *ibidem.* Salaria his advocatis non privata, sed de publico constituta, ad summam sexcentorum aureorum in singulos annos. *L. per hanc*, §. *sexcenti*, *C. de ad. div. jud.* De his salariis constitutum idem, quod de aliis eorum, qui officio aliquo publico funguntur, ut si forte advocati fisci in ea functione decesserint, totius anni salarium, quod non perceperint, ad heredes suos transmittunt. *L. jubemus*, 3. §. *ult. L. petitiones*, §. *ult. C. de ad. diver. judic.* Præmia advocatis fisci constituta, non illa solum cum cæteris communia, immunitas ab omnibus muneribus personalibus, et plenum jus rerum ex ea functione quæsitarum; sed et propria quædam posita in titulis dignitatum, et rerum quarumdam tum commodis, tum prærogativis: tributa partim in officio manentibus, partim etiam officio functis. In officio manentibus hæc: ut tantisper inter spectabiles sacri consistorii principis comites habiti, iisdem commodis fruerentur. *L. laudabile*, *C. de advo. div. jud.* Item ne pulsati quocunque genere actionis quidquam sportularum nomine solvere cogerentur. *L. per hanc*, in fin. *C. de advoc. divers. judic.* Quod in cæteris privatis diversum jus fuit. Sic enim mos erat judiciorum, ut rei conventi penderent apparitoribus sportulas pro portione quantitatis libello conventionis comprehensæ; non autem actores, qui apparitores miserant ad reum in jus vocandum, et libellum conventionis ei offerendum; indicat §. *tripli. Inst. de act.* Item ut si prius advocati fisci cohortalis conditionis fuissent, semel ad hoc munus adhibiti continuo ea conditione ipsi una cum liberis liberarentur. *L. advocatos*, 2. *C. de advoc. div. jud.* Diximus quidem supra, neminem qui hac conditione esset, in numerum advocatorum quanvis privatorum admitti solitum. *L. nemini*, *C. de adv. div. judicior.* Sed finge aliquem receptum dissimulantibus cohortalibus, qui de admissi conditione interrogati erant, vel conditionem ejus ignorantibus. Placebat nihilominus hunc non solum officio advocati fisci recte fungi; sed etiam prioris conditionis vinculis liberari. Officio functis etiam hæc tributa. Placebat, ut ex consulari præsidis dignitate censerentur. *L. petitionem*, §. *egredientem*, *C. de adv. diver. jud.* Item ut ab omni functione publica seu ab omni munere personali perseverarent esse, ut prius, immunes. *L. jubemus. ult. C. de adv. div. jud. L. petitiones*, in fin. *C. de adv. diver. jud.* Item ut eorum liberi clarissimorum notariorum in numero haberentur. *L. laudabile C. eod.* in quibus licet observare titulos veteres, quarundam dignitatum usurpatos Romanis. De quibus legere est apud Cassiodorum.

III. Hi mutata Reipublicæ forma una cum Repub. et imperio Romano ita exoleverunt, ut ne nomen quidem hodie quisquam usurpet. Sed tamen ex his hoc saltem assequimur, ut intelligamus magnam semper habitam dignitatem advocatorum fisci fuisse. Sed et hæc et superiora ita sunt, ut de his unusquisque princeps aut populus statuet. Ubique tot erunt advocati fisci, quot constituere in sua ditione visum erit principi, aut populo, penes quem rerum potestas est: functionis finis idem. Salariorum quantitas, et præmiorum modus ejusdem potestatis et arbitrii.

IV. In officio advocatorum fisci hæc sunt: Ne qui fisci caussam agant, adversus fiscum patrocinium præstent, præterquam si (2)

(1) Unicum tamen fuisse fisci patronum biennalem Alexandriæ, item in foro Præsidali Syriæ, et comitis Orientis. Briss. 3. *Antiq.* 21. quem adi, et P. Greg. 49. *Synt.* 7.

(2) Ne officium publicum sit damnosum, si non posset retineri, nisi pretio violatæ pietatis, quo ita violaretur *L.* 6. *h. t.* Ant. Fab. *ad d. L. pen.*

suam caussam agant, aut parentum, liberorumve, vel pupillorum, quorum tutelam gerunt. *L.* 1. *C. de adv. fis. L. pen. D. de post.* Ne fiscalia commoda occultent prævaricando et colludendo cum adversariis in necem fisci. Sed nec dum fisco consultum volunt, privatis calumnias moveant, falsa crimina, puta affingendo, falsas delationes tuendo, ut bona aliqua vindicentur fisco. Quæ duo posteriora cauta sunt. *L. pen. C. de adv. fis.* Et additur ibidem comminatio, ut si quid advocati fisci adversus ista faciant, pœnas metuant. Ubi pœnas intelligere debemus prævaricatoribus propositas et calumniatoribus, quas cognoscere licet ex titulis propriis *De prævaricatoribus*, et *De calumniatoribus*.

V. Potestas advocati fisci in caussa suscepta longe diversa ab ea, quæ est, privatorum advocatorum in caussa. Nam, ut supra innuimus, in cæteris caussis sic advocati opera utilis est, ut non sit necessaria: nec quia patronus caussæ subscriptæ non adfuerit, et res absque eo acta et judicata sit, ideo res judicata potest rescindi *L. velamento C. de post.* In advocato fisci propter utilitatem publicam hoc servatur, ut nisi (3) præsente eo de caussa fisci agi aut judicari non possit. Cautum in *L. ult. C. de adv. fisc.*

(3) Quando tamen caussa deciditur, præsentiam non exigi, per *L.* 3. ibi *remotis omnibus D. de his quæ in testam. d. L.* probat Cæsar Ursil. *Annot. ad Decis. Afflict.* 366. *n.* 2.

## C A P. VI.

### De infamibus. Cur hoc loco; et hujus cognitionis quis usus. Quid sit infamia; et quibus ex caussis jure irrogetur.

*Tractationis hujus locus opportunissimus.* I.
*Incommoda infamiæ plura quorsum hic enumerentur.* II.
*Infames qui. Ex eorum definitione quæ rerum methodus atque ordo consurgat.* III.
*Infamia quid. Ea ex famæ cognitione investiganda. Quæ famæ descriptio probetur auctori.* IV.
*Consurgit illa ex turpi facto, eoque notato publicis legibus.* V.
*Non est infamis qui non est jure notatus; etsi opinione honestorum hominum laboret hujus existimatio.* VI.
*Idcirco ex interpretum errore nata infamia* facti *quam vocant.* VII.
*Caussarum ex quibus irrogatur infamia, tria genera, et quæ.* VIII.
*Hæc Ulpiani divisio tradita in* L. palam §. pen. D. de R. N. *quomodo intelligenda.* IX.
*Transitio.* X.

I. Exposita sunt de advocatis cætera omnia, quæ ad cognitionem juris de his constituti pertinere videbantur. Unum etiamnunc deest; quod quia patebat latius, et pertinebat etiam ad alias caussas, consulto in hunc locum rejecimus, ut ad reliquarum quoque partium juris usum separatim expositum exstaret. De quo jam dicam. Id autem est, ut cognoscamus, qui sint infames: quæ quæstio etiam ad personam advocatorum constituendam pertinet. Meminisse enim debemus inter eos qui removentur a postulando, optimam partem fuisse eorum, qui sunt infames: nec præterea qui sint in hoc numero, edicto de postulando adjicitur. *L.* 1. §. *secundo loco*. §. *ait prætor*, 2. *De post.* Inducebat igitur res eam quæstionem, quinam essent isti, quos dicimus infames. Quos ob eam caussam prætor quoque ipse, ut separatim, ita sequenti et conjuncto edicto complexus est. Eaque ipsa caussa est, cur edicto *de postulando*, seu juri et advocatis constituto subjiciatur in Pandectis titulus *De his qui notantur infamia:* in Codice titulus ejusdem argumenti, *Quibus ex caussis infamia irrogetur.* Quod cum appareat non tam recte atque ordine factum esse, quam necessario: non jam ipsa auctoritas edicti perpetui, et compositio juris nostri, sed res ipsa a nobis evincit, ut de eo hoc loco a nobis cognoscatur.

II. Ne quis tamen solam hanc utilitatem quærat in hac cognitione de infamibus, et propter exiguam utilitatem minus sibi putet in hoc argumento laborandum, jam a principio monendi sumus longe latius patere hujus cognitionis utilitatem. Habet enim infamia multo plura incommoda: ut necesse sit, cum usus inciderit, hoc idem quæri in singulis, qui sunt infames. Quæ initio breviter proponam, ut cognita hujus

quæstionis utilitate atque usu, libentius atque attentius in ea versemur. Infamiæ incommoda tanquam pœnæ ita sunt jure civili constituta, ut ex his quæ cæteris civibus sine distinctione conceduntur; pleraque denegentur infamibus solum hoc nomine, quod sint infames, tanquam indignis propter turpitudinem, qui ad illa admittantur. Hujus generis (1) sex denegata infamibus: in quibus totidem spectantur pœnæ infamiæ et incommoda. Primum denegata potestas postulandi, seu advocationes obeundi, de qua nunc agimus, et unde nobis hujus quæstionis occasio nata est. Non tamen denegata hæc potestas omnibus infamibus ad eundem modum: sed pro ea distinctione, atque iis conditionibus, quæ indicantur in *d. L.* §. *secundo loco*, §. *removet*, §. *ait*, 2. *D. de post.* Secundo assidendi, seu assessoris officio fungendi jus. *L.* 2. *D. de off. ass.* Tertio accusandi potestas. *L. qui accusare*, *D. de accus.* Quarto (2) jus adipiscendi honores aut dignitates ullas. *L.* 2. *C. de dig. lib.* 12. *L. unic. C. de infam.* Quinto auctoritas et fides testimonii, nisi omnia in testimonio tam consentanea reperiantur, ut possint motum judicis in eo confirmare. *L.* 3. in pr. *D. de test.* Postremo jus capessendæ hereditatis ex eo testamento, in quo ipse infamis sit heres institutus fratre germano testatoris præterito. *L. fratres*, *C. de inoff. test.* Hæc, inquam, omnia ita sunt, ut quoniam adempta sunt infamibus, æque in singulis ut in hac parte, quærendum sit, qui sint in numero infamium, ad quos ista incommoda perveniant. Sed cum quæstio ad incommoda tam multa pertineat, cur propter unum de postulando attingitur hoc loco potius, quam in cæteris? Ideo factum est, non quod non in cæteris caussis æque opportune tractari possit, qui sint infames: sed quod primus hic locus in judicium incidebat de advocatis, qui hanc tractationem desideraret. Ut cum de hac parte semel in communi dicendum esset, non alius fuerit opportunior locus, in quo explicaretur.

III. Deinceps igitur, qui sint infames, cognoscamus, seu malumus (3) famosos dicere: quibus verbis nostri in eadem re

(1) Immo plures effectus, quos scite, et plene pertractat. Marq. Freher. *Lib.* 3. *de Existimat. qui est de infamia C.* 24. *et* 5. *seq.* add. P. Greg. 31. *Synt.* 29. *n.* 11. Et gravibus sane viris gravior jactura famæ, quam vitæ *L.* 8. §. *pen. Quod met. ca.* Improbis vero et levibus hominibus non æque, qui nullam fere famæ rationem habent. Unde in his sæpe levior hæc pœna reputatur *L.* 1. §. 7. *de off. præf. urbi L.* 35. *de injur.* Ant. Fab. *ad L.* 1. *pr. h. t.* Juvenal. *Sat.* 6.

*. . . . . famam contempserat olim.*

Cujus apud molles levis est jactura. Et tantum abesse, ait Tiraq. *Tr. de Pœn. temperand. in Præfat. n.* 17. et Freh. *d. Lib.* 3. *C.* 7. *n.* 4. ut dedecorosi homines infamiam nimis expavescant, ut vel illam magnopere concupiscant, ejusque, ut Tacit. *Lib.* 11. *Annal. de Silio*, apud illos novissima voluptas est.

(2) Quin et honorem quæsitum adimit *L.* 8. *C. de decur. L.* 12. *C. de dign.* Freher. *de Infam. C.* 25. *n.* 5. et nobilitate privat. *L.* 2. ibi *nobilis personæ decore privetur. C. de sec. nupt. L. pen. in fin. pr. C. de dign. L.* 8. *C. ad ubi L. Jul. de vi publ. L.* 1. *in fin. C. ubi Senat. vel. clar.* quoad privilegia scilicet et immunitates, non quoad onera, vid. Freher. *d. C.* 25. *n.* 13. *et seqq.* Tiraq. *de Nobil. C.* 24. A muneribus autem, quæ onus potius habent, quam dignitatem, non liberat *L.* 7. §. *ult. de interd. et releg. L.* 12. *C. de decur. L. un. C. de infamib.* vid. Wes. *in Par. h. t. n.* 8. Freh. *d. C.* 25. *n.* 9. *et seqq.* Hinc et tutores, sui tamen facilina ordinis, suæque notæ hominibus dari possunt, cum tutela onus sit, non honos, Freh. *d. n.* 9. Quin et tabellionis officium, infamem exercere posse, modo non de falso in officio commisso, condemnatus *L.* 12. *C. de suscept. præpos. Lib.* 10. *tit.* 70. Wes. *d. n.* 8. Freh. *d. loc. n.* 10. Quem tamen manifestarium errorem vocat Covar. *Pract. QQ. C.* 19. *n.* 5. cum certe exacto judicio deligendus sit, cui auctoritas publica decernitur. Et absurdum, fidem publicam haberi turpi ac infami.

(3) *L.* 16. *C. h. t. L.* 2. *C. de dign. et simil.* Sicuti et actio famosa, quæ infamat: famosa injuria, libelli quibus fama aliena cum periculo proprie laceratur, Freh. *Lib.* 1. *de Gloria C.* 1. *n.* 7. Usurpatur tamen famosus pro homine male famæ, seu diffamato, vulgaris famæ proloquio, qui de crimine aliquo in suspicionem venit, etsi necdum infamis vere redditus, Freh. *de Infam. C.* 3. Quin nec in culpam semper cadit hoc verbum: ut Nigid. *apud. A. Gell.* 4. *Noct.* 9. sed et famosos dicitur, quacunque ratione celebris, qui omnium sermone circumfertur: sive in culpam. Sic famosi latrones *L.* 28. §. *pen. de pœn.* qui non tantum de crebris grassaturis, et populationibus suspecti et infamati, ut videtur sentire Freh. *d. C.* 3. *n.* 8. Nec enim quisquam ex suspicionibus meris, licet vehementissimis scondemnandus, ut ipse Freh. *ibid.* Sed quos tales esse publice, et certo constat, seu notorii, ut vulgo. Sic meretrix famosa, iniquitas famosa, hospes, pudor, luxus etc. Freh. *Lib.* 1. *de Gloria C.* 1. *n.* 6. Sive in laudem: sic Juven. *Sat.*

*Famosos equitum cum dictatore magistros,*

utuntur. *L. furti*, *§. mandati*, *D. de his qui not. infam.* *§. suspectus autem remotus*, *Instit. de susp. tut.* Infames sunt, qui jure notantur infamia. Unde prætor de infamibus edicens, non dicit se proponere eos qui sint infames: sed eos qui infamia notantur. *L.* 1. in pr. *D. de his qui not. infa.* in quæ verba et titulus ipse conceptus est. Est enim, hic, *De his qui notantur infamia*, inscriptione definitionem seu descriptionem infamium exprimente. Et in eamdem sententiam titulus hujus argumenti in Codice, *Quibus ex caussis infamia irrogetur.* Hæc per se levis descriptio, tamen hunc usum nobis præstabit, ut indicet quid hic nobis quærendum sit, quo de infamibus recte statuamus. Admonet enim nos duo ad eam rem quærenda esse. Primum quid sit infamia, unde infames: quo intellecto, etiam de illo facile statuetur, sitne infamia unius generis, an multiplex. Deinde qui ista infamia notentur; et quod idem est, quibus hæc infamia irrogetur: postquam hi soli sunt, quos dicimus infames.

IV. Infamia, quæ et nostris (4) ignominia dicitur, *L. 2. §. ignominiæ. L. quid ergo*, *§. pœna*, *D. de his qui not. infa. L. nullam*, *C. quib. ex caus. infa. irro.* est, ut compositio verborum indicat, famæ et nominis privatio. In, enim particula, (5) privat verbum ea re, cui adjungitur. Itaque bene Imperatores et commode vim verbi expresserunt, cum infamiam appellant famæ damnum in *L. si furti*, *C. ex quib. cau. infa. irro.* Hoc damnum quid sit, sic recte intelligetur, si scierimus quid sit fama, cujus privatio infamiam adferat. Fama, cum ad personam refertur, est personæ cujusque existimatio, quo et verbo pro eodem passim juris auctores utuntur: ut *L. 3. §. ult. L. 4. D. de suspect. tut. L. quid ergo*, *§. pœna*, *D. de his qui not. infa.* Ita existimationis definitio (quod verbum notius est) quid sit infamia, res nimirum contraria, ostendet. *Existimatio*, auctore Callistrato. *est dignitatis illesæ status legibus ac moribus comprobatus.* L. pen. *D. de extr. cog.* Hoc paulo angustius dictum, si dignitatem proprie accipimus: quam Cicero *lib. 2. de inventione*, ita definit, ut sit *alicujus honesta, cultu et honore, et verecundia digna auctoritas.* Si existimatio nihil aliud est, nisi hujus dignitatis status, nulla erit existimatio plebejorum et infimæ sortis hominum; in quibus hanc dignitatem non inesse constat. Sunt tamen hi dum nihil turpe admittant honesta et integra existimatione, utpote non infames. Quare dignitatem paulo latius in superiore definitione accipere debemus, conditionem personæ, qua fiat, non ut quis habeatur honore et reverentia dignus; sed ne habeatur (6) indignus iis rebus aut omnibus aut plerisque, quæ civibus singulis in suo cuique ordine tribui solent: cujus generis hæc sunt; in civitate esse licere; rebus communibus uti ut

Famosos equos, Suetonius, Famosissimam matronam, Hyeronimus, dixere. Et Plinius in *Epist.* negocium claritate personæ famosum, Horatius.

*Famosusque lacus nomen memorabile servat.*

Jac. Cruc. Bonon. *Annotat. in Papin. silvas Thesauri Critici P. 1. p.* 673. *et seqq.* et perpluribus aliis probat Freh. *d. C.* 1. *n.* 8. post. Tiraq. *de Nobil. C.* 2. *n.* 38. *et seqq.*

(4) Tametsi Cic. 4. *de Rep.* apud Non. Marc. *de Prop. serm.* animadversionem Censoriam, ignominiam vocet. Unde tamen male Bodin. 3. *de Rep.* 3. *n.* 283. ignominia plerosque temere pro infamia abuti, cum ea sit, quæ vulgo infamia facti, quod *d. L.* 14. itemque *L.* 39. *in fi. de furt. et simil. L. 2. C. et L. 20. D. h. t.* refellunt. Corn. Fronto, *Ignominia imponitur ab eo, qui animadversione potest notare. Infamia ex multorum sermone nascitur.* Unde et apparet harum vocum usum, apud auctores variare, cum infames passim legamus dici, qui male vulgo audiunt, quos aptius diffamatos vocari, Freber. *C.* 1. *n.* 3. *et* 4. Sic infamis injuria servo fieri dicitur *L.* 2. *de his qui sui jur. §. 1. in fi. Inst. eod.* Locus certe Festi *Lib.* 4. a Bodino adductus: *Deprehensa castigatione major, ignominia minor, quo tria militarium pœnarum genera constituit, eum redarguit.* Et ignominia dicta quasi sine nomine, quod honestatis nomen habere desinat, ut Isidor. *Lib.* 5. Freher. *p. C.* 1. *n.* 6.

(5) Wes. *in Par. h. t. n.* 1. Freher. *d. C.* 1. *n.* 1. sic dici κβςέρκζειν siculi infortunium, injustus etc. Sed idem *Lib.* 2. *de Existimat. C.* 10. *n.* 1. mavult diminutionem dicere, quam privationem, quod fama non plane perdatur, sed quam retinet, malam nigramque habeat. Et Cassiodorus fama diminutos vocat, ac facit *L. pen. §. minuitur* 2. *in fi. de extr. cog.* Idem *Lib.* 3. *C.* 4. *n.* 1. eum cujus fama imminuta est, retinere famam, sed læsam et inquinatam. Sicuti, ait, relegationem passus, caput habet, sed afflictum et debilitatum.

(6) Ea hominis qualitas, qua in numero bonorum civium censeri meretur, munerum, bonorum capax, et ad actus civilis societatis gerendos idoneus, injuria et obtrectatione indignus reputatur: sic in *L.* 14. *§.* 1. *de serv. corr. et in Cod.* passim Freher. *Lib.* 1. *de Gloria C.* 1. *n.* 11.

communibus; fungi in ea civilibus et virilibus officiis cum privatim, tum publice; nihil turpe aut indignum bonesto viro pati, honores ordini suo convenientes capessere. Hujus vero conditionis illesæ status dici possit generaliter existimatio. Sed et hoc obscurius fortasse. Sic brevius dicetur et planius. Existimatio est integra opinio de alicujus vita et moribus, cum quis ita vivit, ut nihil committat, cur non inter bonos et honestos cives babeatur. Proinde huic contraria infamia (7) est hujus existimationis ob turpitudinem aliquam vitæ contractum damnum, quo fit, ut quis inter honestos et fide aut honore dignos homines non babeatur. Illud existimationis et famæ damnum, jam dixi positum esse in *L. si furti*, *C. ex quib. cau. infam. irrog.* Illud alterum, ut famosus inter honestos non baheatur, seu ut segregetur ab honestorum cœtu, diserte scriptum in *L. 2. C. de digni. lib.* 12.

V. Hoc existimationis et famæ damnum, et uno verbo infamiam duæ res junctæ adferunt, quibus et ipsis efficitur, ut in quo ea sunt, is sit quem infamem et famosum dicimus: turpe aliquod factum, et juris auctoritas id factum notantia. Principio nulla infamia, nisi ex aliqua (8) turpitudine facti. Unde infames eosdem et turpes, et turpitudine aliqua vitæ inquinatos dicimus. *L. 1. §. secundo loco*, *D. de postul. L. 2. C. de dig. lib.* 12. Id facilius declarabunt caussæ omnes subjectæ, ex quibus infamiam irrogari placet: quas omnes cum turpitudine aliqua facti conjunctas esse reperiemus, eamque turpitudinem ad infamiam caussam babere. Sed non omne turpe factum infamat. Id solum turpe famosum est, quod jus notat infamia: neque vero notat omnia. Proinde soli famosi et infames, qui re aliqua turpi admissa eo nomine jure notantur. Inde dictum, infames esse, qui notantur, item quibus irrogatur infamia, ut sunt tituli de hoc argumento concepti *D.* et *C.* A quo vero notantur: aut a quo hæc irrogatio est? ab edicto prætoris, quod notat *L. 1. D. de his qui not. infa.* item et ab aliis legibus. *L. palam*, *§. pen. D. de rit. nup.*

VI. Hoc eo pertinet, ut intelligamus, etsi maxime hominum etiam bonestorum et gravium opinione aliquorum existimatio laboret, ut nec apud eos effugiant infamiæ notam: non tamen esse infames, ubi jus facto infamiam non irroget: ut variis exemplis indicatur in *L. ea quæ*, *L. verbum*, *L. interlocutio*, *C. ex quib. cau. infam. irrog. L. ob hæc verba*, *D. de his qui not. infam. L. 2. D. de obseq.* Sed præter cætera insigni argumento hæc sunt tria. Hominum opinione turpes habentur, nec absunt ab infamia, qui ob aliquod delictum suum ordine moti sunt, qui relegati sunt: et multo magis qui fustibus cæsi. Placet tamen neminem istorum infamem esse, nisi pœnam præcesserit ea caussa quæ jure notetur infamia. Declarant *L. eos*, *D. de decur. L. ictus*, *D. de his qui not. infam.* Nam quod Callistratus scribit in *d. L. penult. de ext. cog.* superioribus istis factis existimationem minui: sic accipiendum est, ut minuatur hominum opinione: non etiam ita, ut ista infamiam irrogent. Unde et eodem loco a Callistrato qui superiora passi sunt, distinguuntur ab iis, qui edicto perpetuo inter infames numerantur. Sed et idem aperte istos negat esse infames in *d. L. eos D. de dec.* nam et id fragmentum Callistrati est. Summa sit hæc: nulli famam, et dignitatem adimi, nisi jure: nulli infamiam nisi jure irrogari: denique nihil hic facere hominum quanvis bonorum et gravium opinionem. Hominum opinione turpe et probrosum esse ob delictum relegari, flagris cædi, ordine moveri, re quidem vera nihil horum per se infamem facere. Solum hic caussam quærendam esse, et eam quæ jure notetur infamia. Jure non notante, infamiam non irrogari, nec quemquam inter infames haberi. Neque hæc de verbis quæstio est; sed de re, cujus effectus hic est, ut si quis jure infamis non est, sciamus nihil ad eum pertinere eas leges, quæ sunt latæ adversus infames, nihil denique huic denegari, quod jure denegatur infamibus. Argumento est, quod Callistratus eos, qui relegati sunt, ordine moti, flagris cæsi,

(7) Bart. *in L.* 1. *h. t.* Læsæ dignitatis status, legibus vel moribus improbatus, et Zas. *in Par. h. t. n.* 1. ubi vox *legibus* ad juris, vox *moribus* ad facti infamiam refert. Accurs. *in L.* 1. *C. h. t.* imminutio, nota, seu privatio famæ, Wes. *in Par. h. n.* 1. *in fi.* Freher. 3. *de Infam.* 1. *n.* 2. simpliciter diminutio famæ.

(8) Sine delicto enim frustra metuitur. Nec per injurias aut contumelias fama vere minuitur, alias injuriatione ante satisfactionem defuncto, injuriatus infamis maneret. Unde injuria ad infamiam fieri dicitur *L.* 1. §. 2. *de injur.* infamandi caussa *L.* 15. *d. t. passim.* minuendæ opinionis caussa *L.* 3. *C. eod.* Vere autem famam non tollit, vel inquinat *d. L.* 3. Freher. *Lib.* 2. *de Existimat. C.* 10. *n.* 6. ubi monet advocatos scitiores in libellis actionum injuriarum ita ponere: conatus est, quantum in se fuit, honorem meum violare, non ita: violavit etc.

non ex ea caussa, quæ infamiam jure importet, ita negat esse infames, ut simul neget arceri ab honoribus: etsi aliis idoneis suppetentibus inhonestum putet istos potius eligi: hoc ille in *d. L. eos, D. de decur.*

VII. Quæ si ita sunt, apparet errare vulgo (9) interpretes, qui infamiæ duo ge-

(9) Ita Accurs. Bart. et DD. *ad L.* 1. *h. t.* Duar. *h. t. C.* 2. *et* 1. *Disp.* 42. Baro *ad d. L.* 1. P. Greg. 31. *Synt.* 29. *n.* 7. *et n.* 9. Loriot. *de jur. Art. Tr.* 7. *de Existim. Ax.* 2. *et* 3. Bodin. 3. *de Rep.* 3. *n.* 283. Beust. *ad L. admonendi* 31. *de jurejur. n.* 599. *et seqq.* Gœd. *ad L.* 42. *de V. S. n.* 9. Freher. *Lib.* 3. *de Infam. C.* 1. *et* 2. *et C.* 22. *etc.* P. Heig. *P.* 1. *Q.* 21. *n.* 4. *et seq.* A. Gentil. *de Actorib. fabul. C.* 14. Quæ distinctio, etsi verbis LL. non aperte prodita, commoditatis docendi gratia retineri potest, quicquid noster contra sentiat, et Niell. *Disp. feud.* 2. *Th.* 6. *lit.* D. etsi fortassis, pro genuina specierum divisione venditari non debeat. Plane definitio ab ipsomet nostro hic tradita, et huic facti ignominiæ competit. Ac licet non eosdem, quos vera juris infamia effectus habeat, suis tamen incommodis non vacat, cum nec Donellus neget auctoritati horum testium quid detrahi, et a successione ejus, qui fratrem præteriit, repelli: Quin nec his portas dignitatum patere, probat *L.* 2. *C. de dign.* ubi notati, dum a famosis sejunguntur, intelliguntur infamia facti aspersi, Freher. *C.* 25. *n.* 2. Ac probabilem hanc distinctionem reddit *L. pen.* §. 2. *de extr. cogn.* Nam quod noster dicit, minui hominum opinione, hoc ipsum est quod DD. intendunt. Si enim infamia est, quæcunque existimationis minutio, et vero aliter quam juris auctoritate minui existimatio potest, aliam quoque, quam juris infamiam statui necesse erit; quocunque tandem nomine nuncupes. Et *L.* 2. *de obseq. par. præst.* maxime in verbis *re ipsa* quod idem est, ac facto ipso. Quæ enim re ipsa fiunt, naturalia, et facti dicuntur. Non ita inepta hæc, tum appellatio, tum oppositio, (etsi alio sensu facti ignominia in *L.* 39. *in fi. de furt.* Freher. *d. C.* 22. *n.* 1.) Facti infamia, juris ignominiæ opposita, non quod juri illa penitus ignota, omnive juris effectu destituta, ut male Ant. Fab. *ad L.* 4. §. 4. *h. t.* sed quod certo jure non definita, quodque LL. aut juris aliqua parte non irrogata in mero facto, et opinione hominum, non vulgarium (ne quis cum Niello objiciat ita sinistris vulgi rumoribus, vanissimoque plebeculæ imperitæ judicio, nec unjus assis sæpe æstimando famam prostitui) sed gravium et cordatorum; illaudari a laudatis, ut scite Alb. Gentil. *de Actor. fabul. C.* 14. Eademque non ex falsa suspicione, ut quandoque fit, quæ infamatio verius dicetur, sed ex facto aliquo non dubio orta, vid. Freher. *d. C.* 22. qui regulam hanc tradit *ibid. n.* 3. *et n.* 18. *in fi.* Quicquid bonis moribus adversum, et gravium virorum incorrupto judicio dedecens existimatur, facti infamiam gignit. Hanc itaque inurunt omnia turpiter gesta, quæ si sententia secuta esset, infamiam juris parerent *L.* 42. *de V. S.* Item quibus casibus, modisve illa vitatur, ut, si per Procuratorem litigetur, infra. *C.* 8. *n.* 49. Sicuti et facta turpia, jure non notata, vid. Zas. *in Par. h. t. n.* 20. *et seq.* hac notari volens damnatos, *Quod met. ca. ex L. Aq. interd. Unde vi* etc. Et dici ita, quod ex sola facti improbitate oriatur, circa quam Lex nihil statuat. Sed et ea ratione *facti* dici potest, quod hæc nota nominis, et nævus honoris, ut vocetur Freher. *C.* 1. *n.* 10. in facto consistat, arg. *L.* 24. *de R. I.* id est ex circumstantiis æstimanda, nec quis ea laboret certis regulis, uti infamia juris, doceri possit, tametsi aliquo saltem modo definiri nihil impediat. Sicuti Freher. *d. Cap.* 22. 10. casus quibus incurratur, constituit. Ea præterea, quod ne quidem in juris, aut legislatoris auctoritate, potestateve situm, cui hæc macula sustinenda sit. Nam nec a Principe hæc tolli potest, non magis quam facta infecta reddi, Tiraq. *de Jure const. poss. P.* 3. *limit.* 7. *n.* 10. Freher. *C. ult. n.* 12. Hinc Claudius, cum cuidam notam, deprecantibus amicis, ademisset. *Litura tamen*, inquit, *exstat*, Sueton. *in Claudio C.* 16. Plane gradus sunt hujus ignominiæ pro gravitate, et levitate caussæ, ex quo ortum habet, factique pudore, et turpitudine, Wes. *Par. h. t. n.* 2. *in fin.* Freher. *C.* 1. *n.* 9. Vana tamen illa Baldi distinctio, de qua Wes. *d. lo.* in eam, quæ incerto auctore nata; quæ a judice, patre aut viro honesto; et quæ a sectæ diversitate. Prior enim vere nulla, ut scite ostendit Freher. *C.* 2. quo remitto; posterior juris infamia; media sola hujus loci. Etsi autem nonnulli viles homines, vitæ conditione his accenseant, Gom. 1. *Resol.* 11. *n.* 38. qui et lusores, ebrios, lenones hac nota inustos statuit, add. Rebuff. *in Auth. habita f.* 70. *et seqq.* Gœd. *in L.* 42. *de V. S. n.* 11. Separat tamen ab infamibus utrisque, personas humiles ac viles Freher. *C.* 24. qui nempe integra non sunt dignitate, non ex delicto, sed aut ex sordido vitæ genere, vel quæstu illiberali, in quibus et sunt ultimi negociatores, quos vocat *L.* 6. *C. de dignit.* id est propolæ, qui mercantur a negociatoribus majoribus, quod statim minutatim revendant, qui nihil proficiunt, nisi admodum mentiantur, Bodin. 3. *de Rep.* 8. *n.* 360. Cerdones, ac opifices sordidi, latrinarum purgatores, cloacarii, sandapilari, tabernarii, nautæ, publicani, apparitores magistratuum. lictores (de quibus accurate Lips. 1. *Elect.* 23). Carnifices Bodin. 3. *de Rep.* 3. *n.* 285. *et C.* 8. *n.* 361. *P.* Greg. 31. *Synt.* 38. *n.* 5. *et* 6. qui speculatores *L.* 6. *de bon. damn.* ubi vid. not. Goth. Ræv. 3. *Conject.* 4. Rad. Forner. 6. *Rer. Quotid.* 24. Cohortales *L.* 11. *et seqq. C. de cohortalib. Lib.* 12. *tit.* 58. agitatores, vid. *C. seq. N.* 1. vespillones; libitinarii; pollinctores (de qui-

nera faciunt: unum ejus, quam vocant infamiam facti; alterum ejus, quam vocant juris. Ut sit facti, quæ ex facto solo nascitur, posita in hominum opinione, non juris animadversione. Juris, quæ jure irrogatur. Si hæ infamiæ species sunt, etiam illa facti est infamia. At illam omnes leges infamiam esse diserte negant; ut *L. ictus, D. de his qui not. infam. C. ea quæ L. nullam. L. interlocutio, L. ex quib. cau. infam. irro.* Negant præterea infamiæ legibus et pœna teneri; ut *d. L. eos, D. de decur.* Inde nec timorem infamiæ edicto *de eo quod metus caussa gestum est*, contineri veteres tradiderunt; sentientes infamiæ metum, quam alius minitetur (10) justum metum non esse. *L. 7. D. quod met. cau.* Non alia de caussa, quam quod infamiam unicuique jus, non alienum factum irrogat, etiam si quis quid turpe aliena vi pati cogatur. Et tamen hujus facti infamia interdum nominatur: quam et viri boni merito omni conatu a se depellant: ut in *L. justa, D. de manum. vind.* sed (11) abusive ex hominum opinione. Alioqui hujus facti metus esset justissimus. Non est igitur hæc infamiæ species: tantumque unum infamiæ genus est, ut sit id existimationis damnum, quod jure irrogatur: quam uno verbo infamiam appellamus. Fateor et turpes personas, easque quæ turpe aliquid admiserunt, quanvis jure infames non sint, interdum a quibusdam rebus jure removeri. Ut his detrahitur testimonii fides, *L. 3. D. de testib.* His a fratre institutis, licet fratri germano prælerito de inofficioso fratris testamento queri. *L. fratres, C. de inoffic. testam.* Sed hoc eo fit, non quia aut illis fides, aut hic hereditatis capiendæ jus adempta sint infamibus: sed quia nominatim adimantur ista turpibus personis, reprehensione dignis, levis etiam notæ macula aspersis, quanvis non infamibus.

VIII. Hoc constituto, solum jure irrogari infamiam, de hoc jure nobis quærendum est. Et irrogatur jure infamia certis tantum de caussis turpitudinem aliquam habentibus. Unde titulus *C. ex quib. cau. infam. irro.* Quapropter generibus harum caussarum et partibus cognitis, infames habebimus, quos quærimus, eosdemque qui notantur infamia. Earum caussarum, ex quibus jure infamia irrogatur, tria genera sunt, quæ in edicto de infamibus licet observare. Unum genus est eorum delictorum, quæ hoc ipso notantur, quod admissa sunt. Alterum eorum, quæ notantur ita, si quis eo nomine damnatus erit. Tertium eorum, quæ notantur sive quis eo nomine damnatus erit, sive etiam pactus tantum.

IX. Quæ genera ita distinguit Ulpianus in *L. palam, §. penult. D. de rit. nupt.* Ut primum esse dicat id quod lex notat: secundum, quod notet sententia: ex quo tertium dici potest esse, quod notet tum sententia, tum (12) pactio. Quæ ille non ita distinguit, quasi quæ facta dicit notari sententia, non notentur etiam lege; cum dixerimus neminem fieri infamem nisi jure, et patebit postea ex generibus subjectis (et vero nunquam sententia faceret infamem ex aliqua caussa, nisi prius hoc jus statueret, ut qui ex ea caussa damnatus est, esset infamis. *L. 1. D. de his qui not. infam.*) sed hoc vocemus, si effecit ne damnaretur, ejusve innocentiam probavit.

bus Goth. *ad L.* 31. *de evict. et L.* 27. §. *pen. de sol.* Ræv. *ad LL.* 12. *tab.* 15.) quos percenset Freher. d. *C.* 23. quibus an recte addat præcones *n.* 12. subdubito. Aut ob solam injuriam corporis, ut Eunuchi, castrati, si recte, idem Freher. *d. C.* 23. *n.* 18. add. Andr. Laur. *Lib.* 7. *Hist. Anatom. Q.* 1. vel originis ut et spurii incestuosi etc. Freher. *l. C.* 23. *n.* 20. add. *not. supra Lib.* 6. *C.* 15. *N.* 2. et olim servi, ac dedititii, et quodammodo liberti, P. Fab. 2. *Semestr.* 12. *p.* 182. *et seq.* De quibus singulis plenius Freher. *d. C.* 23.

(10) Immo hic metus justus *L.* 8. §. *pen. d. t.* vid. *supra Lib.* 15. *C.* 39. *N.* 13. Recte vero ex facto alieno, neminem famæ labe aspergi, verum hæc facti infamia ex propria turpitudine, et pravis moribus, etsi legibus non ita notatis. Quos sequitur factum illud alienum, in quo posita est sinistra honestorum virorum opinio, quam nec jus aut leges inhibere, et sistere possunt.

(11) Non puto. Quidni enim periculo veræ infamiæ dominum a servo liberatum dicemus, si effecit ne damnaretur, ejusve innocentiam probavit. Certe periculum infamiæ, ibi, vitæ periculo comparatur, de quo vid. Freher. *Lib.* 2. *de Fama C.* 10. Gœd. *ad L.* 103. *de V. S.* Quod in personis vilibus non obtinet, ut *supra N.* 1.

(12) Atqui nulla ibi pactionis mentio. Et alii, duo genera faciunt, Duar. *h. t. C.* 2. *et* 1. *Disp.* 42. Baro. *ad L.* 1. *h. t.* Zas. *in Par. h. t. n.* 2. Freher. *C.* 4. *n.* 21. qui ita: Quædam facta ipso jure sine caussæ cognitione, infamiam inferunt; quædam sententiam judicis requirunt. Quo facit quod qui paciscitur, confiteri intelligitur, *infra C.* 8. *n.* 50. Confessus autem pro condemnato est. Quod, si cui hæc ratio non satisfacit, ita bipartito poterit: Aut lex sola factum turpe notat, aut accedente alio facto; vel judicis condemnantis, vel rei paciscentis. Aliter Wes. *Par. h. t. n.* 6. tribus modis irrogari: ipso jure, per sententiam, aut genere pœnæ, quæ citra sententiam extra ordinem imponatur.

luit, quædam esse, quæ lex notet sola, sine sententia aut pactione ulla præcedente: quædam quæ lex notet quidem; sed non prius quam si sententia de his præcesserit, quam lex confirmans adjungat etiam (13) infamiam. *L. nullam, C. ex quib. caus. infam. irrog.* Quod eodem modo dictum est ab Ulpiano, ut dictum est a veteribus hereditates quasdam lege seu jure legitimo deferri ab intestato, quasdam testamento. *L. 3. §. de illo, D. pro soc. L. 1. D. de her. pet. §. ult. Inst. per quas person. nob. obl. acq.* Non enim ne hæc quidem genera ita distinguuntur, quasi quæ testamento deferuntur et obveniunt hereditates, non deferantur lege (deferuntur enim lege et ipsæ; quia confirmantur lege, nec aliter institutiones valent. *L. lege, D. de verbor. sign.*) sed quia non deferuntur lege sola; verum ita, si testamentum præcesserit, quod lex sequatur: cum quæ deferuntur ab intestato, recte per excellentiam dicantur lege deferri, quia sola lege sine alia defuncti voluntate deferantur.

X. Quod si omnia ad hæc genera pertinentia comprehensa essent edicto de infamibus, quod exstat in Pandectis sub eodem titulo; possemus contenti esse eo edicto, nec præter veterum explicationem quæ illic subjecta est, quidquam admodum desideraremus. Nunc autem neque omnia continentur edicto, quinimmo optima pars deest, neque traduntur omnia isto ordine, et est in plerisque partibus, quod etiam nunc requirat interpretationis lucem. Quare nemo mirari debebit, si dum omnes infamiæ caussas complecti volumus et diserte tradere, neque intra id edictum nos continebimus, neque ejus ordine utemur.

(13) Quæ irrogatur solo facto, Zas. *Par. h. t. n.* 2. qui *n.* 25. differre ista: facti infamiam incurrere, et facto, ubi lex videlicet factum notat. Atque hanc infamiam juris, et de jure simul vocat Beust. *in L. admonendi* 31. *de jurejur. n.* 584. post Castr. *in L.* 1. *h. t. n.* 3. quia his sua|te sponte lex, dedecus adhærescere voluit, quibus nec fere aliam, quam probri pœnam infligit, Wes. *in Par. h. t. n.* 6. Freher. *C.* 4. *n.* 23.

## CAP. VII.

### Qui quibus de caussis ipso facto, seu ipso jure infames fiant.

***Quot caussæ, et propter has personæ sola lege notentur infamia.*** **I. III.**
***Qui fœnus exercet, infamis ipso jure. Exponitur*** **L. improbum cod. ex quib. caus. irrog. infam. II.**

I. Primum ergo genus earum caussarum, quæ lege sola notantur, res et caussas continet numero ad quatuordecim, ac totidem personas, quæ ex his caussis notantur infamia: quarum pars superiore edicto comprehensa est; sed maxima aliis partibus juris, partim edictis, partim legibus, senatusconsultis, constitutionibus. Sed ex hoc genere notantur edicto in *d. L. 1. D. de his qui not. infam.* Hi autem sunt: *Qui artis ludricæ caussa in scenam* (1) *prodierit. Qui* (2) *lenocinium fecerit:* de his in *d. L.*

(1) *L.* 2. §. *ult. h. t.* in verbis, *propter præmium.* Non ergo si gratis exercitationis, et oblectationis caussa, Baro et Anton. Fab. *ad d. L.* 2. §. *ult.* Rebuff. *in Auth. habita fol.* 703. fuse., contra Goth. *in d. L.* 2. §. *ult.* Vetran. Maur. *de Jure lib. C.* 11. Alb. Gentil. *Disput. de Actoribus et spectat. fabul. non notand. C.* 15. qui, de hoc argumento plenissime tractans, videatur, et Ræv. 3. *Var.* 11. P. Fab. 2. *Semestr.* 12. *pag.* 183. *et seqq.* Menoch. *Arb. C.* 69. Tiraquell. *de Nobil. C.* 34. *n.* 6. *et seq.* Rud. Forner. 5 *Rer. Quotid.* 29. Freher. *de Infam. Cap.* 18. ubi 7. modis restringit: 1.° Ut non in editoribus obtineat, sed in interlocutoribus ac scenicis, operas suas illis locare suetis. (Tametsi quidam velint histriones hos gestibus nutibus repræsentasse Comœdias, quas Comœdi recitaverint, Pollet. 2. *Hist. fori* 12. *et ibid. in Corol. Phil. Broidæ.* A. Gent. *d. Disput. de Act. fab. C.* 17.) 2.° Nec in his, si postquam locaverunt, eos pœnituerit *L.* 3. *h. t.* 3.° Ut nec si in loco privato operam artemve suam exhibuerint. 4.° In actoribus Atellanarum, quæ fabulæ jocosæ lascivia ac petulantia vacuæ, vid. Scal. 1. *Poet.* 7. P. Fab. 1. *Semestr. sub. fin.* A. Gent. *d. C.* 10. *p.* 67. *et seqq.* 5.° Si histrio, cætera, vir spectatæ probitatis, ut Roscius. 6.° Si minor *L. pen. C. h. t.* 7.° Qui curam ludorum ex officio publico agit, qui ipse ludorum gratia, prodire dicitur *L.* 7. *de man. vind. etc.* Scolastici vero qui comœdias hodie agant, artis caussa non prodeunt, sed voluptatis et exercitamenti, A. Gent. *d. lo. C.* 17. Et infames ita sunt gesticulatores, et circulatores, qui mira manuum agilitate ea exhibent, quæ simpliciores arte dæmoniaca

1. statim in pr. Deinde sub finem: *Qui eam quæ in potestate* |*est*. *genero mortuo cum eum mortuum esse* (3) *sciret*, *intra id tempus*, *quo virum elugere moris est*, *ante-*

perfici credunt, vid. Vier. *Lib.* 1. *de Præstig. dæm. C.* 18. Quos prætigiatores non satis apte vocant, cum, ut Isidor. 8. *Etymol.* 9. præstigium inde dictum sit, quod aciem oculorum præstringat, ut res, aliæ, quam sunt, appareant. Et ideo hi proprie Magi, illi, et fascinatores, vid. Gœdel. *Lib.* 1. *de Magis C.* 3. quos ipsos tamen, ut et sortilegos, et ariolos, ipso jure ac professione sua infames non ambigitur, vid. Freher *Cap.* 19. Chironomi, funambuli etc. quorum ars schœnobatica dicta, Alb. Gent. *d. lo. C.* 17. Freher. *d. C.* 18. *n.* 3. Zas. *in Par. h. t. n.* 9. eccensens iis Choraulés, qui ad choreas ludunt fistulis, sive aulœdos, tympanistas, cytharœdos. Quod in his quidem moribus nostris vix obtinet et ut æquum sit obtinere vereor. Quin et legem civilem infamantem histriones receptam nunc non esse in usu, scribit A. Gent. *de Actorib. fabul. C.* 14. *in fi.* Æquius accensebimus moriones et sanniones aulicos, de quib. vid. A. de Guevara *Horol. Princ. Lib.* 1. *Cap.* 43. *et Lib.* 3. *C.* 46. *et seqq.* Non ita eadem caussa Athletæ *L.* 4. *pr. h. t. L. un. C. de Athlet.* Quin imo in maxima existimatione habiti, Hjeron. Mercurial. *Lib.* 1. *de Arte gymnast. C.* 14. Qui diversi e gladiatoribus, qui inter se capitaliter decertabant, quæstus causa. Cic. 7. *Epist. fam.* 1. *Nunquid ego te athelatas putem desiderare, qui gladiatores contempseris.* Hi enim perinde infames; uti qui operas bestiis depugnandis locabant. Nec Thymelici, id est non histriones scenici, ut Pius Anton. Bartolin. *Auctar. Cap.* 2. sic enim pugnaret Ulpianus secum ipse et cum verbis edicti: Sed Musici, qui modulos in fabularum actionibus faciebant, vid. Scal. 1. *Poet.* 19. Freher. *d. Cap.* 18. *n.* 28. qui, vereor, ut recte, ex verbis *ult. d. L.* 4. *pr.* restringat ad eos, qui in certaminibus sacris, organis suis ludunt. Cum utique Musicis scenicis, illæ rerum turpium imitationes, vocum obscœnitates, motuum turpitudines, gestuum fœditates, quæ in theatris fiunt, ut scribit Salvian. *Lib.* 6. *de Gubern. Dei.* ref. Freher. *d. C.* 18. *n.* 4. non ita conveniant. Neque Exustici, seu ut Zas. |*in Par. h. n.* 6. et Bartolin. *Auctar. C.* 3. emendant *Xystici*, qui in porticu, Græce Xysto, per hyemem sub tecto se exercent, vid. Hier. Mercurial. *Lib.* 1. *de Arte gymnast. C.* 9. *sub. fi.* neque agitatores, qui in ludis Circensibus, celeritate curruum certantes equos ad cursum excitabant, vid. Ræv. 5. *Var.* 14.

. . . . *quos curriculo pulverem olympicum collegisse juvat*. . . . . . . . . . . . . . .

Horat. 1. *Od.* 1. Quos licet inhonestas personas vocet *L.* 4. *C. de spectac.* non ideo tamen infames, sed viles et abjectos esse, sequitur P. Fab. 1. *Semestr.* 20. *sub fin.* Ant Fab. *ad d. l.* 4. *pr. h. t.* Diss. Freber. *d. C.* 18. *n.* 30. censens hos, opinione hominum, et favore populi, ast non juris censura, infamiam effugisse. Hoc Ulpianum innuere, dum dicit: *ita omnes opinantur*, nec de se ipse affirmat, quod improbabile omnino. Omnes enim ICtos intelligit etc. diff. et Cujac. *in d. l.* 4. *C. de spectac.* antinomiam agnoscens. Nec qui aquam equis spargunt, id est cursu incalescentes perfundunt, et refocillant vase aquario, quod Nasiterna dicebatur, Fest. *Lib.* 12. quod tres nasos, seu ansas haberet; vid. Turneb. 7. *Advers.* 27. Coras. 4. *Misc.* 14. Briss. 1. *Antiq.* 10. Nec designatores *L.* 4. §. 1. *h. t.* quos ludorum quorumcunque præsides et præfectos interpretatur Budæ *in Annot. ad Pand.* et Freher. *C.* 18. *in fin.* Tribuni voluptatum vocantur, *l. ult. C. Th. de scenicis*. Cassiodor. 7. *Variar.* 10. cum fame diminutis, salva opinione sua versantes. Sed designatores dictos, eos solos, qui funebribus pompis et ludis præfuerunt, post Alex. 6. *Gen. dier.* 19. pluribus contendit Jac. Nicol. 3. *Misc. ephiphil.* 25. Sed de his satis.

(2) Quod explicat. *l.* 4. §. 2. *h. t. l.* 43. §. 6. *de ri. nupt.* add. *l.* 2. §. 2. *et seqq. D. L.* 2. *l.* 9. *et seq. C. de adult. L.* 12. *C. de ep. aud. L. pen. et ult. C. de spectac. Lib.* 11. *tit.* 40. Freher. *C.* 16. *n.* 27. *et seqq.* Quin et servus leno notatur, libertate accepta *L.* 4. §. 3. *h. t.* Etsi contra videri poteret, tum ne prius ammitteret famam, quam habere cœperit, cum servus existimationem nullam habeat *l.* 7. *C. ad L. Corn. de fals.* tum quia mulieris famæ non obest quæstus in servitute factus *L.* 24. *h. t.* Sed ita placuit, sive quia gravius peccatum lenonis, quam meretricis *Nov.* 8. *C.* 8. cum aliis peccandi caussam præbeat, Bus. *ad d. L.* 4. §. 3. *n.* 3. Pec. 2. *Q.* 21. Sive, quæ verior ratio, quia *d. L.* 24. de muliere lenonis imperio coacta, *d.* § 3. de servo qui volens flagitiose fecit, dum ex peculio negociaretur, Forner. 4. *Rer. Quotid.* 16. Freber. *d. C.* 16. *n.* 30. de ordinario scilicet prostituente vicarios, qui peculiares dicuntur *L.* 21. *de pecul. leg.* quia in peculio ordinariorum *L.* 7. §. 4. *de pecul.* Ræv. 5. *Variar.* 20.

(3) Secus autem si pater generum mortuum nescivit, sed superare putavit *L.* 8. *h. t.* Immo dices, sic multo justius infamis, quia filiam duobus nuptam vult, et lenocinii reus fit. Sane Freb. *C.* 17. *n.* 21. verbis illis *cum mortuum esse sciret*, nihil se magis, dum hæc studia tractaverit, torsisse fatetur. Resp. autem, ideo hæc duo conjunctim requiri, mortem generi, et certam scientiam soceri. Quod si alterum desit, non simplex infamia, sed graviores adulterii, bigamiæ, et lenocinii pœnæ infligendæ. Verum ita minime satisfit dubio, nec expositionem hanc admittunt verba *d. L.* 8. *ne ignorantia puniatur.* Incommodissime vero A. Fab. *ad d. L.* 8. resp. quod duobus nuptam esse non tam illicitum, quam impossibile sit §. 7. *I. de nupt.* ideoque patrem hoc casu non tam male, quam nihil

*Quam virum elugeret, in matrimonium collocaverit. Qui eam sciens uxorem duxerit*

agere. Pessime. Sic eoim bigamis tribuetur impunitas, qui ex hoc ipso edicto infames, et directo adversatur *L.* 13. §. 4. *h. t.* Ac scitissimus est actus nullitatem non excusare a pœna, et sufficere quid factum ad pœnam, etsi de jure nou teneat *L.* 18. *Cod. de adult. etc.* 2.ⁿ Resp. Fab. Quid si pater putaverit non morte, sed divortio dissolutas nuptias. Male item. Verba enim generalia; ignorantiam mortis generi excusari, nec requiritur error, aut falsa opinio de divortio. Quæ nec facile probabilis. Qui diu abfuit, et peregre decessit, vivere hunc pater facile credet, nec etiam rumoribus quibusvis de morte fides habenda. At divortium, quod facti est, fecisse generum, cum non fecerit unde error? Quid igitur! Sic conjecto forsan, aut rem acu tetigero. Maleficia, re cousistunt *L.* 4. *de O. et A.* et duo conjunctim requirunt, ipsum factum malitiosum, et consilium *L. fugitivus* 225. *de V. S.* Quorum alterum si absit, maleficium verum non est. Sic enim nec fraus dicitur, aut coercetur, nisi ad fraudandi consilium ipsa fraudatio accesserit, seu nisi eo alteri nocitum. Ac tametsi conatus aliquando puniatur, consiliumque magis, quam eventus, aut exitus spectari dicatur: id tamen in atrocioribus criminibus; Nec etiam in illis solus animus, et cogitatio facinoris perpetrandi, nisi ad exterius aliquod factum processerit, crimini ac pœnæ in foro civili facit obnoxium. Quare quando gener vere mortuus est, pater qui superstitem eum putat, filiam alteri copulando, lenocinium non committit: sicuti nec filia binuba efficitur. Tametsi namque in illo lenocinius, in hac meretricius, aut adulterinus animus non desit: effectus tamen deest. Neque hoc facto, junctione filiæ novo marito, leges de bigamis coercendis ulla ratione læduntur, illisve vis, aut fraus fit. Planius: Hujusmodi delictum, et ad formam suam animum dolosum, et ad materiam ipsam, rem seu factum exigit. Quæ nisi utraque adsint, non committitur. Ex assumpto enim actu intelligi oportet, non sola animi propositione *d. L.* 225. Sic quippe, nec quæ ignorans alienum virum experitur, suum probabili errore putans, ut Alcumena apud Plaut. *in Amphitr.* vid. Alb. Gent. 6. *de Nupt.* 12. Nec quæ suum, alienum existimans, et exspectans, adultera ex juris civilis ratione (aliud enim posteriore hoc casu jure divino, et in foro poli obtinere non invitus dedero) dici potest: illic forma: hic materia delicti deficiente. Proinde, et in proposito, nec polygamiam procurat parens, qui filiam alteri locat, priorem maritum falso obiisse persuasus, nec qui superstitem eundem, dum vere obiit, pari errore credit, ut in *L.* 8. Priori casu animo delinquendi: posteriori, re ipsa ac facto cessante. Ex quibus liquere potest, parentem, in *d. L.* 8. nuptui filiam tradentem secundo, nondum comperto primi obitu, nec in caput illud edicti, quod immaturas, neque in alterum quod iteratas, superstite priore viro nuptias filiæ procurantem notat, impingere, itaque famam illi servari. Non in illud, deficiente voluntate, quia nuptias secundas parando filiæ, ne cogitavit quidem de legibus illis, quæ luctus tempus, nuptiis iteratis præverti vetant, violandis: cum ignoraverit posse jam in persona filiæ illis locum fieri, adeoque ignoti nulla cupido sit. Quomodo perquam conveniens ratio Ulpiani *ne ignorantia puniatur.* Non in hoc; impediente rei ipsius natura, et conditione, seu deficiente facto ipso, ac delicti materia. Atqui in edicto factum notari, atque ita non nudam animi destinationem, et propositum, dicitur *L.* 13. §. 4. *h. t.* Nec obstat *L.* 1. §. 6. *de postul.* Quia ibi subest factum, et materia delicti, ipsa scilicet locatio, ut notavi *supra C.* 3. *N.* 20. Quo se, secuta pœnitentia, non exuit. Hic autem factum filiæ nubentis, et patris nuptui locantis, in nullius delicti speciem cadunt. Cæterum ipsaque mulier luctus religionem viro priori non præstans, labem pudoris edicto contrahit, *L.* 11. *C. h. t.* etsi non ex verbis edicti in *L.* 1. *pr. h. t.* relatis, at certe ex sententia *L.* 1. *et* 2. *C. de sec. nupt. L.* 4. *C. ad SC. Tertyl. Nov.* 22. *C.* 22. *L.* 15. §. 3. vers. *si quis D. h. t.* qui male Triboniano assignatur ab Ant. Fab. quia, ait, IC. dixisset *si quæ*: sed resp. ex *C.* 1. *de V. S.* Deinde inepta, ait Faber, illatio, cum in prioribus potius ratio dubitandi, quam decidendi. Resp. Postquam in prioribus traditum, quinam lugeri debeant, et quæ exceptiones; non inepte subnectitur regula, quæ scilicet locum habeat extra casus exceptos. Itemque quæ intra idem tempus incontinenter, vel luxuriose vixit, Joh. de Garonis *de Pœn. secundo nubent. n.* 8. Tempus vero luctus legitimum, olim decem menses, Ovid. 1. *Fast.* Plutar. *in Antonio*, qui annus Romuli, Macrob. 2. *Satur.* 12. Solin. *Polyhist. C.* 3. Duo vero menses primum adjecti *L.* 2. *C. de sec. nupt.* Et loci itaque Liv. *Lib.* 2. Senecæ *Epist.* 65. qui annum fœminis ad lugendum constituisse majores scribit, de anno decimestri exponendi. Nam idem Seneca *Lib. de Consol.* Majores 10. mensium spatium lugentibus viros dederunt, vid. Cujac. *de Præscript. C.* 3. Ræv. 1. *Var.* 20. Gotb. *ad d. L.* 2. Forst. 7. *de Success.* 9. Si vero divortio solutum matrimonium, poterat statim alii nubere, nisi prægnans esset, vid. Cujac. *de Præscript. C.* 20. *et* 6. *Obs.* 32. ut et si vir ex iis, qui lugeri non solent, si intra legitimum tempus peperit *L.* 11. §. 2. *h. t.* Alias vero lugendus maritus, etsi nec prægnans sit, cum plures sint prohibitionis caussæ, vid. Freher. *C.* 17. *n.* 13. *et seqq.* Qui autem lugeri non soleant, docet *d. L.* 11. §. 3. ad cujus explicationem adi P. Fab. 2. *Semestr.* 9. Jac. Durant. Casell. 2. *Variar.* 3. Freher. *d. C.* 17. *n.* 6. Ius Canonicum ab hoc jure recessit.

*non* (4) *jussu ejus, cujus in potestate est. Qui cum quem in potestate haberet, eam de qua supra comprehensum, uxorem ducere* (5) *passus fuerit. Qui sua nomine non jussu ejus, in cujus potestate esset, ejusve nomine, quem quamve in potestate haberet, bina sponsalia, binasve nuptias eodem tempore* (6) *constitutas habuerit.* De his in *d. L.* 1. in clausula, *Qui eam quæ* usque ad finem edicti. *D. de his qui notant. infam.* quæ diligenter ab Ulpiano exposita leguntur sub eodem titulo *in* Pandectis eodem ordine, quo comprehensa sunt edicto. Octo aliis partibus juris ex suis caussis notati. In quibus hi sunt: *Qui muliebria passus erit. Qui operas suas, ut cum bestiis depugnaret,* (7) *locaverit.* De quibus est in *L.* 1. *§. secundo loca.* et *§. removet, D. de post.* Quæ (8) palam corpore suo quæstum fecerit. Quæ in adulterio (9) deprehensa erit. Hæ notatæ lege Julia de adulteriis,

(4) Hic enim excusatur *L.* 11. *§. ult. h. t.* ubi ratio. Neque enim hic casus, ex iis quæ atrocitatem facinoris in se habent, in quibus jussus superioris non excusat *L.* 157. *de R. I. L.* 20. *de O. et A.* A. Fab. *ad d. §. ult.* Freher, *Cap.* 17. *n.* 24. etsi potestate liberatus retinuerit *L.* 12. *h. t.* Neque enim hic tam vitium in ipso matrimonio, quam temporis festinatione, quod ipso cursu temporis purgatum, A. Fab. *ad d. L.* 12. Freh. *d. C.* 7. *n.* 25. Nam nec hujusmodi nuptiæ, etsi festinatio puniatur, rescinduntur, Dun. *supra Lib.* 13. *C.* 19. *n.* 24. Sc. Gent. *de Sec. nupt. C.* 18. Alia caussa est incestarum *L.* 4. *C. de inc. nupt.* quia ibi vitium perpetuum. Objic. *L.* 66. *in fi. pr. de rit. nupt.* ubi si tutor, vel curator pupillam filio jungat, uterque infamatur, etsi filius in potestate. Freh. et A. Fab. *dd. lo.* resp. ideo ibi aliud, quia matrimonium illud legibus vetitum, et per se nullum. Atqui adhuc obstat ratio *d. L.* 11. *§. ult. h. t.* quæ generalis. Quare melius idem Faber 1. *Jurispr.* 4. *Princ.* 1. *Ill.* 11. *p.* 349. exponit. Uterque, id est non pater et filius, sed, tutor, et curator. Ac ratio cur pater ibi infamis: quia nempe habetur pro confesso, et judicato, in caussa tutelæ infamante *L.* 7. *Cod. de interd. matrim.* non habet locum in filio, qui nec condemnari potest vivo patre, nec mortuo, nisi ut heres alieno nomine, qui infamis non fit. Cæterum et luxuriose vivens cum hujusmodi muliere, infamis, Joh. de Garonis *de Pœn. sec. nubent. n.* 28. *et seq.*

(5) *L.* 11. *§. ult. h. t.* etsi non jusserit, sed tacite permiserit, nec contradixerit. Nam qui patitur quod prohibere potest, facere ipse videtur *L.* 13. *§.* 1. *h. t. L.* 3. *de nox. act. et sim.* A. Fab. *ad d. L. §. ult.* Freh. *C.* 17. *n.* 26. *et seq.* ubi, hoc casu ipsumque filium infamari, docet, cum non habeat in quem culpam conferat. Secus, si ratum habuerit *L.* 13 *h. t.* quia comprobatur id, quod mutari nequit. Idem esse si filium in concubinatu collocat. Garon. *d. lo. p.* 243.

(6) *L.* 13. *§.* 1. *et seq. h. tit. L.* 18. *C. de adult* etsi conjunctio corporum non secuta *Nov. Elect. Sax.* 20. *P.* 4. vid. Freher. *C.* 17. *n.* 29. *et seqq.* add. *supra Lib.* 13. *C.* 19. *N.* 14. Idem esse, si uxori pellicem superinduxerit, Freher. *d. C.* 17. *n.* 34. Johan. de Garonis *de Pœn. secundo nubent. n.* 28. *pag.* 237. aliud vero, si duas concubinas simul habuerit, etsi et hoc vetitum *Nov.* 89. *C.* 12. *§.* 5. non tamen hac pœna adjecta.

(7) De quibus *supra C.* 3. *n.* 12. vers. *Quarto* Atque hos arenarios, et venatores vocabant, Freher. *C.* 18. *n.* 16. *et seqq* De quibus exaudiendum, quod in *C.* 9 *Dist.* 86. Venatorum ars nequissima dicitur, ut Georg. Mor. *de Jure venandi P.* 1. *C.* 1. *n.* 39. Gail. 2. *Observat.* 68. *n.* 8. Menoch. *Arb. Cas.* 413.

(8) Id est publice passim, ac sine delectu *d. L.* 43. *§.* 1. Quæ meretrices, a merendo, ac a Plauto se vendere dicuntur, vid. *not. Lib.* 2. *C.* 9. *N.* 15. Et fornicariæ *C.* 4. *et seqq. de vita et honest. cler.* a fornicibus, sub quibus prostare solebant, Ferner. 1. *Rer. Quotid.* 22. extra mœnia urbis, unde submœnianas uxores vocat Martial. *Lib.* 8. P. Greg. 10. *Synt.* 2. *n.* 38. et producta Pithœ. 2. *Advers. Subsec.* 17. Quæ et impudicitiam antiquitus apud ædiles profitebantur, Tacit. *Lib.* 2. Cujac. 1. *in Nov.* 14. habituque ac vestitu diverso a matronali utebantur, vid. *L.* 4. *C. de Episc. aud.* Briss. 1. *Antiq.* 4. et Goth. *ad L.* 15. *§.* 15. *de injur.* Neque has excusat paupertas *d. L.* 43. *§.* 5. ad quod vid. Foppius. ab Æzema 2. *Dissert.* 13. Nec pœnitentia famæ restituit *d. L.* 43. *§.* 4. vid. tamen *L.* 23. *C. de Nupt.* Idem si sine quæstu, modo palam *d. L.* 43. *§.* 3. Quis enim integram famam asseret Messalinæ illi meretrici augustæ, quam graphice depingit Juvenal. *Sat.* 6. Non autem si cum uno et altero, etsi pecunia accepta *d. L.* 43. *§.* 2. Devium scortum ut Horat. 2. *Carm.* 11. non prostitutum in propatulo omnium libidini, sed honestius, minusque vulgare, Turneb. 13. *Advers.* 19. Sicuti nec meretrix dici potest, quæ amoris vi subacta, copiam sui amanti fecit, Menoch. *Arb. Cap.* 326. Freher. *Cap.* 16. *n.* 18. Gœd. *ad L.* 33. *de V. S. n.* 9. Sic Clitipho apud Terent. *Heaut* 2. *Sc.* 1. Antiphilam, quæ se Cliniæ, sed soli dederat, ignaram artis meretriciæ vocat, vid. tamen Vinc. Caroc. *Decis.* 124. Plura de his P. Greg. 10. *Synt.* 2. Freher. *d. C.* 16. *n.* 11. *et seqq. et Lib.* 2. *de Fama. C.* 11.

(9) Etsi judicio absoluta sit *L.* 43. *§.* 12. *h. t.* ubi male omnino Bodin. 3. *de Rep.* 3. *n.* 283. notam interpretatur, facti ignominiam, nam ratio ibi addita: quia *factum lex notat*; plane pugnat. Aliud in viro adultero, qui non infamis ante sententiam *L.* 2. *§.* 3. *h. t. L.* 14. *de testib.* Ludov. Rom. *Singul.*

quæ pars explicatur in *L. palam*, in princip. §. 1. §. *penult. et ultim. D. de rit. nupt.* Qui sequuntur, notati constitutionibus. Qui venere præpostera se polluerit: ex *L.* (10) *cum vir, C. ad legem Jul. de adulter.* Qui fœnus improbum exercuerit: cautum in *L. improbum: C. ex quib. caus. infam. irrog.* Est autem improbum fœnus, ubi usurarum nomine amplius exigitur, quam per modum legibus constitutum licet: de quo modo est in *L. cos*, §. 1. *C. de usur.*

II. Videndum tamen, ne qui fœnus tale exercet, non ipso jure fiat infamis, de quo genere nunc agimus: sed potius sententia, si videlicet fœnus exercuisse judicatus erit. Sic enim constitutionis illius Diocletiani et Maximiani verba sunt: *Improbum fœnus exercentibus, et usuras usurarum illicite exigentibus infamiæ macula irroganda est.* Non ergo Imperatores irrogant infamiam, dixerit aliquis, sed volunt postea esse irrogandam: quod quidem extra principem ab alio fieri non potest, quam a judice, qui sententia sua infamiam irrogabit. Sed quominus ita interpretemur, duo prohibent. Primum quod lex infamiam irrogari vult, non judicatis, damnatisve eo nomine, sed fœnus exercentibus. Deinde quod nulla actio esse potest de improbo fœnere adversus fœneratorem, ex qua ille eo nomine damnetur, quæ quidem (11) infamiam in se admittat. Nam adversus eum, qui contra leges fœnus a nobis accepit, aut accepit usuras usurarum, nulla nobis competit actio, nisi ad repetendum id, quod illicite exactum est. Quam ad rem competit solum conditio vel indebiti, vel ob turpem caussam, vel sine caussa. Quæcunque autem hæc futura est, certi juris est in ea cessare infamiam, etiamsi conditio ex famosa caussa pendeat. *L. cessat, D. de obl. et act.* Restat igitur, ut fœnus improbum exercens ipso jure fiat infamis, qui sententia infamis fieri non potest. Et quod in rescripto dicitur infamia irroganda est, sic accipi debet, jure meritoque irroganda est. At a quibus? A nobis videlicet, qui loquimur. Loquuntur autem Imperatores. Et quoniam a se hanc irrogari volunt, etiam tum irrogasse existimandi sunt; ut voluntas principum ubique pro jure habeatur. *L. 1. D. de const. princ.*

III. Adde superioribus, eum, qui major annis vigintiquinque contra pactionem (12) jurejurando firmatam agere conatus erit: ex *L. si quis major, C. de trans.* Item qui fidei Catholicæ et Apostolicæ symbolis Apostolicis comprehensæ obstinate adversabitur: cujus generis sunt soli, quos pura antiquitas et piæ constitutiones hæreticos vocant. Notat *L. 1. C. de sum. Trinit. et fid.*

8 15. Freher. *C.* 16. *n.* 1. *et n.* 6. quia major castitas, secundum mores etiam hominum, exigitur in fœmina, multoque fœdius et sceleratius adulterium uxoris, quam viri, Alb. Gentil. 1. *de Nupt.* 5. Tiraquell. *L. Connub.* 1. *n.* 45. Libor. a Bodenstein *Disp. de Jure divortii etc.* Excipitur nisi per vim compressa sit *L.* 20. *C. de adult.* vid. Freher. *d. Cap.* 16. *n.* 7.

(10) De qua vid. *supra Cap.* 3. *N.* 22. Jac. Durant. Casell. 1. *Variar.* 1. P. Greg. 9. *Synt.* 2. Ex verbis autem *d. L.* 31. *quive futuri*, colligit A. Fab. *ad L.* 1. §. 6. *de postul.* etiam eos, qui attentant delictum, nec perficiunt, notari, etsi id extra crimen majestatis nullibi statutum sit. Confer. Gail. 1. *de Pa. publ.* 14. *n.* 26. Convenit vero hæc caussa cum superiore 7.° nisi quod hæc utrosque agentes, et patientes complectitur, illa patientes solos. Quos et speciali quodam significatu infames dici, ostendit Freher. *Cap.* 16. *n.* 24. uti et crimen illatum infamia, infamis injuria, item impudicitia, Seneca *Lib.* 4. *Declam. Impudicitia in ingenuo crimen, in servo necessitas, in liberto officium.* Impudicitia enim, vere in patiendo, Turneb. *in Explic. loc. Cic. fol.* 109. Spartæ quoque, qui polluit puerum, infamis per omnem vitam, Plutarch. *in Lacon. Instit.* p. m. 213.

(11) Ita et per has rationes Freher. *Cap.* 20. *n.* 3. et consent. Molinæ. *de Usur. n.* 614. Mathesilao. *Singul.* 49. Beust. *in L. admonendi* 31. *de jurejur. n.* 590. Covar. 3. *Var. Resol.* 3. *n.* 2. dissent. Cujac. 9. *Obs.* 28. scribens lege proditam esse, actionem de usura famosam *d. L.* 20. Bocer. *in Disquisit. de L.* 2. *stellion. post. Tract. de Crim. læs. majest. p.* 239. Infamis autem hic etiam post restitutionem, et actam pœnitentiam, Freher. *d. Cap.* 20. *n.* 5. Ignat. Lopez. *pract. crimin. Canon. Cap.* 92. *n.* 1. per ea quæ *C. seq. sub. fin. N.* 45. Etsi post Bald. dissent. Catellia. Cotta *in Memoralibus v. Usurarii.* Quis sit, et unde probetur usurarius manifestus, vid. Menoch. *Arb. Cas.* 235. Covar. 3. *Var. Resol.* 3. *n.* 4. Gutier, *Lib.* 2. *Canon. QQ. Cap.* 19. Adr. Gilman. *Lib.* 1. *Decis. Cam.* 5. *n.* 150. *et seqq.* Usurariis adjungit Freher. *d. Cap.* 20. *n.* 7. Dardanarios, flagellatores scilicet annonæ, qui eam incendunt ac excandefaciunt, ut Varro, seu vexant, vastant, et gravantur, ut Lampr. *in Commodo et Severo.* vid. Cujac. 10. *Obs.* 19. Phil. Broidæ. *in Coroll. ad Pollet. Hist. fori Lib.* 1. *Cap.* 1. *num.* 1.

(12) Non item in alio perjuro, Don. *ad d. L.* 41. *n.* 2. etsi DD. contra Beust. *in L. admonendi* 31. *de jurejur. n.* 590. de quo forte *infra Lib.* 24. *Cap.* 9. *de Jurejur.*

*cathol.* ubi jubentur (13) hæretici, quos dixi, et quos constitutio nominatim desi-

(13) Id est omnes non orthodoxi *L.* 12. *Cod. de hæret. L. ultim. Cod. Ne Christ. mancip. Judæ.* si tamen hi nomen Christianorum sibi imposuerunt *Novell.* 109. *in fin. pr.* Neque enim vere hæretici Judæi, et pagani, qui in ecclesia nunquam fuerunt, Wes. *Par. Cod. de hæret n.* 4. nec apostatæ, qui in totum a fide, et professione Christiana desciverunt. Et; ut *L.* 3. *Cod. de hæret. L.* 28. *Cod. Th. eod.* sunt *qui vel levi argumento, a judicio catholicæ religionis deviare detecti.* Ubi leve argumentum opinionis significatur, non probationis, Wes. d. *lo. n.* 1. Seu qui errorem in articulo fidei uno, vel pluribus animo conceptum, præfracte fovent et defendunt. Nam verba sunt Augustini Epistola 162. *Qui sententiam suam, quantumvis falsam, et perversam nulla pertinaci animositate defendunt, præsertim, quam non audacia præsumptionis suæ pepererunt, sed a seductis, atque in errorem lapsis parentibus, acceperunt, quærunt autem cauta solicitudine, veritatem, corrigi parati, cum invenerunt, nequaquam sunt inter hæreticos deputandi,* vid. *Rom.* 14. *v.* 13. *Galat.* 5. *v.* 22. 2. *Timoth.* 2. *in fin. Tit.* 3. *v.* 10. *et* 11. *etc.* Excommunicatione vero juste separantur a veris veræ ecclesiæ membris. Neque sic ulla eis sit injuria. Sunt enim αὐτοκατάκριτοι *Tit.* 3. v. 10. Separationisque ipsi auctores, hanc in se ipsos ferunt sententiam, dum dissentanea se docere, non infitentur. Eadem infamia affecti Judæi, arg. *L. ult. Cod. de Judæ. Cap. pen. extra eod.* maxime cum et fere, fœneratores sint manifesti, Freher. *Cap.* 19. *n.* 7. *et* 8. et locus Quint. *Lib.* 3. *Cap.* 9. jam olim apud Romanos hanc gentem famosam fuisse, arguat. Covar. *in Clem. si furiosus de homicid. P.* 1. §. 2. *n.* 8. *sub fin.* Contra tamen videtur argum. *L.* 3. §. *ult. D. de decur.* etsi enim ibi Christianam religionem ab Ulpiano per Judaicam superstitionem notari, censeat Alc. 3. *Disp.* 8. et Tiraq. *de Jure primigen. Q.* 66. *n.* 2. Leges tamen Pandectarum omnes ex persona Justiniani accipiendæ. Ac jure imo veteri Judæos, nec sub Christianis Imperatoribus infames habitos fuisse, convincit totus *tit. Cod. Theod. de Judæ. Lib.* 16. *tit.* 8. et in eo, perplures leges, quæ a contumeliis, et injuriis Judæos vindicant. Quin et Patriarchæ eorum illustres vocantur *L.* 11. *d. t.* Et diserte *L.* 24. *d. t.* interdictam militiam Judæis, pro nota æstimari non debere, ac eadem lege exercendæ advocationis jus, illis tribuitur. Sed et collegia Judæorum jure non improbata, statuit Cujac. 7. *Obs.* 30. et probat *L.* 9. *Cod. Theod. de Judæ* etsi dissent. Brisson. 1. *Antiq.* 14. Tandem *Novell. Theod.* 3. unde desumpta est *L. ult. Cod. de Judæ.* omnis ad honores aditus Judæis præclusus. Exindeque infamia illis inusta videtur. Sicuti crebrior opinio est *d. L.* 3. §. *ult. de decur.* per *d. L. ult.* abrogatam esse, Covar. *d.* §. 2. *in fin.* Et idolorum cultores seu pagani argum. *t. t. Cod. de Pagan.* ita dicti; quod qui in pagis ruri morarentur, tardius fide Cristiana imbuti, retinentiores, seu rudes et imperiti, priscæ superstitionis, Cunnan. 9. *Comm.* 5. *n.* 2. Qui et Gentiles, quia in gentilium, id est, majorum suorum fide persiterunt; nec religionis cultum mutarunt, Nicol. Perot. *Cornucop. in* 3. *Martial. Epigr. pag. mihi* 329. Sed et his, melioris sententiæ factis nota eluitur. Tametsi Neophytos, (sic vocant a superstitione Judaica, ethnica, vel hodie Mahometica, ad religionem Christianam conversos, nuperos militiæ Christianæ tyrones) ad sacros ordines non recipiendos, nec etiam ad secularia omnino officia statuant; de quo Cov. *d. lo. n.* 8. Lopez. *Pract. crimin. Canon. Cap.* 22. Addit his Blasphematores Freher. post alios *d. Cap.* 19. *n.* 9. Confer. *Novell. Elect. Sax.* 1. *P.* 4. *et ibi* Moll. ac de triplici blasphemiæ genere. Minus Celsus *d. Tract. de Hæret. cap. supplic. non affic. Sect.* 3. *pag.* 164. Sunt alii ipso facto infamiam incurrentes, et hic omissi, ut Decurio, qui Procurationem suscepit *L.* 34. *Cod. de decur.* advocationem præstans, vel intercedens pro reo perduellionis *L.* 5. §. 2. *Cod. ad L. Jul. majest.* Incestuosi et omnes eis consentientes *C. consanguineorum* 4. *Cap.* 3. *Q.* 4. id est probantes, et patrocinantes, Beust. *in L. admonendi* 31. *de jurejur. n* 590. Qui scholaribus injuriam infert, vel repræsaliis contra eos utitur, item magistratus, qui id vindicare negligit *ex Auth. habita Cod. Ne fil. pro patre.* Supplicans contra sententiam, quam licita provocatione non suspendit *L. ultim. Cod. Ut lit. pend.* Rescriptum Principis contra eos qui impetrarunt cavillose interpretans, aliove rescripto (quod obreptitium præsumitur) impetrato impugnans *L.* 2. *Cod. de LL.* Item supplicans pro rescripto, ut transire formam statutorum liceat *L. un. C. de Senatusconsultis*, quod explicat Freher. *C.* 12. *n.* 15. Tabellio, qui contractus vetiti, veluti alienationis feudi, aut rerum ecclesiæ instromenta sciens confecit *L.* 14. §. 3. *et seq. Cod. de SS. Ecles. C. imperialem pr. vers. callidis de prohib. feud. alien. per Frid.* 2. *F.* 55. Beust. *d. n.* 590. Qui adversus patres armantur *C. nonnes* 13. *Cap.* 3. *P.* 5. id est convitia, aut verbera ingerunt, Beust. *d. loc.* si modo de eo vere constet. Non si pater testamento filium increpaverit. *L.* 13. *Cod. h. t.* Quin nec exheredationem vere infamare statuo, etsi caussa in ea expressa, quæ famosa, nisi de ejusdem veritate aliunde insuper liqueat, si ex iis sit, quæ jure ipso notant, vel nisi exinde condemnatus sit ex aliis. Neque enim eo ipso, quod non contra judicium patris venit filius, aut si querelam inofficiosi intra quinquennium non intentaverit; omnia fateri censendus est. Dissent. quodammodo Freher. *Lib.* 2 *de Existimat. Cap.* 10. *n.* 11. Denique sic infames litteriones, qui falso sibi nomina magistrorum usurpant *L. un. pr. Cod. de stud. liberal. urb. Romæ Lib.* 11. *tit.* 18. Postremo decoctores infames

gnat, hæretici dogmatis infamiam sustinere.

post proscriptionem et venditionem bonorum sub basta, Cic. *pro Quintio. Ergo hercule cujus bona ex edicto possidentur, hujus omnis fama, et existimatio, cum bonis omnibus possidetur etc.* et paulo post: *De quo præconis vox prædicat, et pretium conficit, huic acerbissimum vivo, videntique funus ducitur.* Tertull. *in Apolog. Cap.* 3. ref. Cont. 2. *Lect.* 18. *Sed et judicatos in partes secari, leges erant. Consensu tamen publico crudelitas erasa est, et in pudoris notam, capitis pœna conversa est, bonorum adhibita proscriptione. Suffundere maluit hominis sanguinem* (id est, ruborem inducere) *quam effundere.* Huic tamen rei subventum, remedio cessionis bonorum lege Julia, quæ Cæsari accepto fertur. Quo si utatur debitor, juris infamia cessat, licet ex ea caussa bona venierint *L.* 11. *C. h. t. L. ult. C. Qui bon. ced.* quia venditio illa non fit, ipsis invitis Cujac. *in Nov.* 135. etsi non careat ea res suggillatione, et ita infamia facti manent *d. Nov.* 134. *et Nov.* 4. Cujac. *d. loc.* Freher. *de Infam. Cap.* 20. *n.* 16. Ant. Fab. 1. *Jurispr.* 6. *Princ.* 4. *ill.* 4. Quod si debitor uti eo frustraodi animo recuset, juri antiquo et ignominiosæ venditioni rursus locus. Itaque adhoc famosum reddit distractio, quæ fit latitante, vel invito debitore §. 1. *in fin. L. Quib. ex caman. non lic.* Cont. 2. *Subsec. Lect.* 1C.

## CAP. VIII.

### Quibus ex caussis quis notetur sententia judicis; seu tum cum ex his caussis damnatus est.

I. Alterum genus quod est earum caussarum, et propter caussas earum personarum, quæ notantur sententia, totum judiciis distinguitur, id est actionibus iis, quæ de quoque facto constitutæ sunt. Ut enim facta sunt de quibus agitur; ita quædam judicia famosa sunt, id est ita constituta, ut si quis his judiciis sit damnatus, fiat infamis: quædam non famosa. Utrum autem horum sit, ex generibus judiciorum æstimandum est. Judiciorum quædam civilia sunt, seu privata et pecuniaria: quædam criminalia; comparata solum ad vindictam criminis, non damni alicujus privati persecutionem. Civilia et pecuniaria partim ex delicto, ut furti, vi bonorum raptorum: quædam ex contractu aut quasi contractu; ut pro socio, tutelæ. Criminalium item quædam sunt publica: quædam non publica. Hæc omnia genera ita sunt jure civili, ut in singulis certa quædam sint (1) famosa, id est, in quibus sententia infamem faciat, cætera non famosa. Itaque qui per singula hæc genera ordine iverit, et constituerit in unoquoque, quæ sint famosa, is facile et sine ullo errore quæ sint famosa cognoverit. Quem et ordinem nunc sequar: ordiarque a civilibus ideo, quod ab his criminalium dijudicatio cum de horum infamia quæritur, pendet: ut in eo genere patebit.

II. Civilia et pecuniaria judicia ex delicto famosa sunt septem: ex quibus quatuor comprehensa sunt edicto de infamibus; reliqua tria aliis locis notantur. Quatuor illa priora sunt, (2) furti, vi bonorum raptorum, (3)

(1) Quam infamiam juris tantum, seu de jure tantum vocat Beust. *in L. admonendi* 31. *de jurejur. n.* 591. Pœna autem hæc legis est, sine opera judicis, et sequitur per se infamia damnatum, etsi sententia in bona feratur, ac etsi de facto tantum judex pronunciet *L.* 5. *L.* 10. *C. h. t.* Freber. *Cap* 5. *n.* 21. et *Cap.* 9. *n.* 7. licet non sine sententia, locus sit pœnæ legis, Sc. Gentil 1. *de jurisdict.* 14. Sola vero actio hic non infamat, nec etiam citatio. Nec absentis, vel latitantis evocatio, in civilibus: quæ tamen in criminalibus existimationem lædit *L. ult. C. de requir. reis.* ubi DD. Freber. *Cap.* 8. n. 4. *et* 5.

(2) *L.* 4. *§. ult. L.* 6. *pr. D. L.* 8. *C. h. t. L.* 7. *de publ. judic. L.* 63. *de furt. §.* 2. *Inst. de pœn. temer. litig.* quocunque genere sententiæ damnatus sit 2. *Sentent.* Pauli 31. §. 15. item is apud quem inficiantem, res furtiva deprehensa, nisi ignorans receperit *L.* 8 *C. h. tit.* vid. Zas. 2. *intell. Singul.* 2. Freber. *Cap.* 9. *n.* 9. qui *et n.* 9. docet idem in eo, qui sciens a fure emit, per *L.* 5. *C. de furt.* Quid in Conditione furtiva et actione rerum amotarum? Cujac. *in Par. C. de cond. furt.* et hæc judicia famosa statuit, tum quod delictorum omnium finis sit infamia, tum per *L.* 2. *C. Rer. amot.* Quem refellit Forn. 2. *Rer. Quotid.* 24. per *L.* 36. *de O. et A.* et auctoritate Stephani *Lib.* 60. *Basilic. tit.* 10. item, per textum expressum *L.* 2. *D. Rer. amot.* Et delictorum, ait, comes infamia, si ipsa prosequamur, non si rem. Ast imo Cujacio plane negandum est illud axioma, si infamiam juris intelligit. Certa enim delicta, specialiter Prætoris edictum notat. Cui bono, si hoc omnium delictorum commune. Quis vero dicet, damnatum lege Aquilia famam perdere? Ad *d. L.* 2. *Rer. amot.* resp. Fornerius per famosam actionem ibi intelligi furti judicium. Certe nihil quidquam pro Cujacio ea lex facit. Quæ enim consecutio. Constante matrimonio neque pœnalis, neque famosa actio. Ergo dirempto eo, et pœnalis, et famosa de admissis matrimonio constante. Sed et Cujacium, tacite licet, scite refellit Freher. *Cap.* 8. *n.* 12. *et seq et Cap.* 9. *n.* 11. Pudore enim et nexu matrimonii, atrox et turpis furti actio, in conjugem non datur *L. ult. §. ult. C. de furt.* Sed et conditio furtiva tectior est actione furti, nec ullam verborum atrocitatem habet: Formula autem verborum et sententiæ actionem famosam fecit, vel non famosam. Aliud est aperte loqui, scapham, scapham vocando: aliud verborum lenitate rem mitigare. Qui condicit, non palam dicit reum furtum fecisse, sed obnoxium sibi esse ex caussa furtiva. Sic, ait, sepulcri violati, actio famosa *L.* 1. *de sep. viol.* non item conditio ex caussa violati sepulchri *L.* 9. *d. t.* Quod vero Freher. *d. Cap.* 8. *n.* 13. dicit, interdictum de vi armata famosum esse, non item de eadem re actionem in factum, non probatur *L.* 13. *de vi arm.* ab eo adducta, sed imo diserte reprobatur, dum dicitur, nullum interdictum famosum esse.

(3) *L.* 4. *§. ult. D. L.* 5. *L.* 20. *Cod. h. tit. L.* 40. *L.* 42. *D. de injur. §.* 2. *I. de pœn. tem. litig.* æquissima talionia lege, ut cui alterius famam ludibrio habere, et suggillare libido est, propriæ jacturam faciat, Freher. *Cap.* 9. *n.* 13. Wesenb. *in Par. h. tit. n.* 5. Etsi personæ viliori illata, immo etsi servo alieno *d. L.* 10. *C. h. tit.* modo atrox fuerit. Nam nec alias de modica, levique injuria damnatum infamem fieri, volunt, per *Cap. cum te a B.* 23. *de re jud.* et *argum. L.* 9. *§. ult. et L. seq. de dolo.* Freher. post alios *Cap.* 9. *n.* 16. Gail. 2. *Obs.* 102. *n.* 2. *et seqq.* ubi tamen *n.* 6. contrariam receptiorem vocat, sed ita, ut, hoc casu, facilior sit restitutio in integrum. Sed et judicis sententia, existimationem salvam servari posse, stilus judiciorum recepit, eoque nihil crebrius, etsi juri vix videatur consentaneum, per *L.* 63. *de furt.* de qua vid. Gail. 1. *Obseq.* 65. *n.* 6. *et seqq.* Dan. Moll. *ad Nov. Elect. Sax.* 42. *P.* 4. n. 17. *et seqq.* Farinac. *Q. crim.* 105. *n.* 61. *et seqq.* Freher. *Lib.* 2. *de Existimat. Cap.* 10. *n.* 25. *et Lib.* 3. *de infamia Cap.* 8. *n.* 18.

injuriarum, de dolo et fraude, si quis ex his caussis damnatus sit suo nomine: notata hæc in *L.* 1. in clausula, *Qui furti, de his qui not. infam.* Tria reliqua quæ dixi: hæc sunt: actio expilatæ hereditatis, de sepulchro violato, et ea quæ, est adversus mulierem missam per calumniam in possessionem bonorum hereditariurum ventris nomine. De actione expilatæ hereditatis cautum in *L. si te, C. ex quib. cau. infam. irrog.* Et recte cautum specialiter, cum ea species edicto non contineretur. Cavet enim edictum de furto. Expilatio autem hereditatis furtum (4) non est. Quam etiam ob caussam explicatæ hereditatis actio inducta est; alioqui inutilis futura, ut declaratur in *L.* 2. *L. ult. D. expil. her.* Neque tamen eo minus verum est, quod dicitur in *d. L. si te, C. ex quib. caus. infam. irro.* eum qui expilasse hereditatem judicatus est, furti improbioris infamiam sustinere. Hoc enim non significat eum qui expilavit hereditatem, furem improbiorem esse seu furtum improbius admittere; sed significat eum eamdem infamiam subire, quam fur, et is quidem improbior. Cæterum furtum improbius dici non potest, quod ne furtum quidem est. Sepulcri violati actionem infamiam irrogare diserte scriptum est in *L.* 1. *D. de sepulch. viol.* De muliere, quæ (5) per calumniam cum se gravidam ex defuncto diceret, ventris nomine in possessionem bonorum missa est, scriptum pluribus in *L. notatur*, et fragmentis aliquot sequentibus. *D. de his qui not. infam.*

III. Ut autem ex actionibus civilibus proficiscentibus ex delicto superiores istæ famosæ sunt: ita sunt solæ ex hoc genere. Non enim alias notari legimus. Cur ergo solæ illæ notatæ præter cæteras, quæ nihilominus de iis factis sunt, quæ delictum et dolum in se habent: ut legis Aquiliæ, Quod metus caussa, et si quæ sunt ejusdem generis? Hoc ideo, quod superiores facta persequuntur (6) singularis turpitudinis et præter cætera animadvertendæ: rerum alienarum interversionem, et eam per fœdissimas artes, furtum, rapinam, dolum malum. Tum adversus personas sive vivunt, sive obierunt, injuriam, quæ rem omnium pretiosissimam lædat, existimationem: et hæc omnia omni ex parte invitis dominis, quibus nocetur. Non sunt hæc in damno dato, et metu adhibito ad aliquid exturquendum. Nocet dominis damnum datum; sed non eo spectat, ut qui dedit, quidquam eo facto improbe

(4) Recte et facit *L.* 17. *C. de furt. ibi exemplo et casus L.* 3. §. 5. *in fin. de susp. tut.* Nam quod expilatores, atrociores fures dicuntur *L.* 1. §. 1. *de effract.* non de hisce hereditatis expilatoribus, ut Goth. *ad d. L.* 12. sed aliis accipiendum, vid. *supra Lib.* 15. *Cap.* 30. *N.* 2.

(5) *L.* 1. §. 1. *si mul. ventr. nom.* Graviter enim peccat, quæ decipit prætorem in ea ipsa re, in qua beneficium petit, Ant. Fab. *ad L.* 17. *hoc tit.* Excipitur filiafamilias *d. L.* 17. tum scilicet cum patri se non prægnantem adfirmavit, et is tamen sciens prudens in possessionem mitti passus est, ubi pater ipse notatur *L.* 19. *in fi. hoc tit.*

(6) Non igitur famosæ conditiones, etsi ex famosis caussis *L.* 38. *de O. et A.* vid. *supra N.* 2. nec interdictum unde vi, ullumve aliud *L.* 13. *de vi arm.* quamvis et hæc ex delicto, ut *Lib.* 15. *Cap.* 37. Nec actio quod metus caussa, *supra Lib.* 15. *Cap.* 41. *N.* 20. Nec legis Aquiliæ, de damno injuria dato. Quia nec imprudentia, nec iracundia sine consulto animo, tam atroci pœna digna, Hotom. *ad* §. *ex quibusdam* 2. ipsi 4. *de pæn. tem. litig.* Freher. *Cap.* 9. *n.* 27. Actionem tamen servi corrupti cum turpis dicatur, et furti ac rapinæ actio jungatur *L.* 56. *pro. soc.* famosis adnumerat Freher. *d. Cap.* 9. *n.* 28. Goth. in *d. L.* 56. Vult. in §. *omnes n.* 21. (ipsi 19.) *et seqq. I. de act. n.* 10. Sed imo famosam esse, diserte negat *L.* 6. *et* 7. *princ. de obseq. par. præst.* Nimirum omnis quidem famosa turpis. At non contra: cum et turpis dici possit, quæcunque doli, vel fraudis habet mentionem, per *L.* 5. §. *ult. et d. L.* 6. *eod.* cum pudorem oneret, seu infamia facti afficiat. Sic turpitudo sejungitur ab infamia *L.* 27. *C. de inoff.* Sed nec actionem de alea, famosam fuisse admitto, ceu vult. Cujac. 9. *Obseq.* 38. quod non detur in parentes, nisi verbis in factum conceptis *L. ult.* §. *ult. de aleat.* Et aleatorum nomen infame *L.* 26. *de injur. L.* 225. *de V. S.* Unde Cic. 2. *Philipp.* Lenticulam aleæ condemnatum, quasi infamem notat. Et probant Freher. *Cap.* 22. *n.* 5. Rauchb. *P.* 2. *Q.* 25. *n.* 31. ubi et *n.* 44. aleatores frequentes a testimonii dictione repelli. Atqui *d. L.* 26. *et L.* 225. tantum probant, servum aleatorem corruptum dici. Nec sequitur: actio utilis de alea datur contra parentes: Ergo directa famosa. Quia nec illæ actiones, quæ verecundiam contemnati onerant, etsi juris ignominiam non inferant, in parentes dantur, nisi verbis temperatæ, ut ipse Freher. *d. Cap.* 22. *n.* 4. Sed nec aleatorum, nisi fraude et falsitate usus sit, alia pœna præter restitutionem, teneri docet Menoch. *Arb. Casu* 399. Tametsi Isidor. *Lib.* 18. *Cap.* 68. ab hac arte fraudem, et mendacium, atque perjurium, nunquam abesse scripserit, et auctor *Polycratici Lib.* 1. *Cap.* 5. ref. Freher, *d. n.* 5. aleam mendaciorum, et perjuriorum matrem vocet. De aleatoribus pluribus Menoch. *Arb. d. C.* 399. *et seq.* Rauchbar. *d. Q.* 25. Forner. 2. *Ler. Quotid.* 28. Ant. de Guevara *Horol. Princ. Lib.* 2. *Cap.* 44.

ad se transferat. Metus eo spectat, et simul extorquet: sed ita, ut dominus metu aliquid dans, permittens, aut remittens, etsi sine metu nollet dare: tamen postquam est coactus, velit, et hac voluntate etiam det. *L. si mulier*, §. *si metu. D. quod metus cau.* Quamquam si quis velit eum, qui metum intulit, famoso judicio convenire, licet. Potest enim agere adversus eum et de dolo. *L. item si*, §. *penult. D. quod met. caus.* De dolo autem actio ex edicto famosa, *d. L.* 1. vers. *qui furti, de his qui not. infam. L.* 1. §. *ait. D. quod met. caus.*

IV. Notandum, ex his actionibus et caussis damnatos ita edicto notari, si damnati sint suo nomine. Additum propter procuratores, tutores, curatores, qui alium superioribus actionibus conventum judicio defendunt. His judicium suscipientibus, quanvis alieno nomine, si quid hic damnationis est, ipsi soli condemnantur, non domini, quorum persona in judicio non fuit. *L.* 1. *C. de senten. et interl.* Sed quoniam alieno nomine condemnantur, non laborant infamia, ex edicto: hoc in *L. furti*, §. 1. *D. de his qui not. infam.* idemque et de herede ex suprascriptis caussis condemnato placuit, ibidem. Nam et hic ex defuncti persona, eoque et illius nomine convenitur. Jus de his recte constitutum. Non enim ipsi deliquerunt, sed domini. et ii a quibus obligatio nata est. Est autem æquissima constitutio, peccata tenere debere suos auctores, nec alibi debere esse pœnam, quam ubi est delictum. *L. sancimus, C. de pœn.*

V. Civilia et pecuniaria judicia ex contractu, vel quasi contractu, ex innumeris famosa tantum sunt quatuor, comprehensa edicto in *d. L.* 1. in clausula, *Qui pro socio, de his qui not. infa.* pro socio, tutelæ, mandati, depositi. His judiciis damnatos placet infamia notari. Sed quod diligenter animadvertendum est, notantur non simpliciter, sed tribus conditionibus, quas hic concurrere oporteat. Prima conditio est cum prioribus illis judiciis communis, si quis his posterioribus damnatus sit suo nomine. ut intelligamus procuratorem, tutorem, curatorem, dum dominum ex his caussis judicio defendunt eo nomine damnatos infamia non notari: similiter nec heredem damnatum, si ex dolo defuncti conveniatur. *L. furti*, §. 1. §. *mandati, D. de his qui not. infa.*

VI. Secunda conditio est, si quis ex his caussis damnatus sit, non contrario judicio: quod item verbis edicti expressum est. Et huc spectat, ut declaretur, si quis ex his caussis damnetur judicio directo, quod contrario opponitur, eum esse, quem in his prætor velit notari infamia: sin damnetur contrario judicio, hunc non notari exceptum superioribus verbis. Exceptio addita non propter actionem pro socio, quæ ab omnibus sociis, cum quibus agitur, directa est: eoque et quilibet ex sociis eo judicio damnatus ignominia notatur: sed propter actiones tutelæ, mandati, depositi, quorum quædam directæ sunt, quædam contrariæ: qui locus sic explicatur in §. *ex quibusdam, Inst. de pœn. tem. litig.* In his posterioribus directo judicio tenetur is, qui tutelam, mandatum, depositum suscepit, et fidem rei gerendæ aut custodiendæ dedit: contrario, rerum susceptarum domini: de quo in his generibus obligationum satis diximus. Ergo qui ista susceperunt, damnati ex edicto fient infames: damnantur enim judicio non contrario, quia directo: domini ipsi damnati infames non erunt; quia damnantur judicio contrario. Cujus exceptionis rationem reddens Ulpianus in *L. furti*, §. *ult. de his qui not. inf.* ita scribit. *Contrario judicio damnatus non erit infamis: nec immerito: nam in contrariis non de* (7) *perfidia agitur, sed de calculo, qui fere judicio solet dirimi.* Non de perfidia conventi domini; quia is nihil fecit, quo falleret eum, qui tutelam, qui mandatum, aut depositum ultro suscepit; sed nec quidquam recepit se facturum. Agitur de calculo; idest, de eo quod adversario propter susceptum officium abest: quam pecuniam ideo calculum vocat, quia quantum id sit quod vicissim debetur, subjecto calculo et posita ratione accepti et expensi cognoscitur. Unde idem Ulpianus id velut interpretans alibi sic apertius explicat, ut dicat in contrario judicio non de fide rupta agi. sed de indemnitate ejus qui officium suscepit. *L. ei apud*, 5. in princ. *D. depos.* In

(7) Aliter Freher. *Cap.* 11. *n.* 8. Calculus ita judicio dirimitur, ne alio vel foras ad populum res promanet, sed arbitrio judicis plane componatur. Perfidiæ quæstio, et ipsa quidem judicio dirimitur, sed ita ut damnato nota inuratur, quæ ad aures et notitiam populi, penes quem est famæ censura, perveniat. Mavult tamen Freher. vocula *sine* adjecta legere, qui fere sine judicio, id est disceptatore domestico, honoraria oper. amici, ut Cic. *pro Cæcinna.* Et sic pro *fere, sine*, repouit Ant. Fab. *d. L.* 6. §. *ult.* quasi sensus sit, caussæ cognitionem necessariam non esse, per *L.* 19. *et seq. de dolo*, sed recte noster.

hac pecunia atque indemnitate præstanda perspicuum est non agi de perfidia domini, a quo pecunia exigitur. Quidquid enim hic suscipienti abest, fere aut a casu est, aut ab eo qui suscepit, pro officio ac fide erogatur. Et vero hic ipse calculus, inquit Ulpianus, *fere judicio dirimi solet*, intellige directo, quo adversus tutorem, mandatarium, aut depositarium agitur. Quod enim contrario judicio quisque consequi potest, id etiam recto judicio, quo eum eo agitur, potest salvum habere jure pensationis, ut est in *L. in rebus* §. *ult. D. commod.* Id autem cum fit, apparet eum cui directum judicium competebat, ob eas præstationes infamia non notari, cum nulla adversus eum actio eo nomine fuerit.

VII. Ex judiciis contrariis excipit Ulpianus judicium mandati contrarium tunc, cum is qui mandavit, vicissim fidem dedit mandatario suo se quid præstiturum, neque præstitit: hoc ille in *L. furti*, §. *mandati, de his qui not. inf.* Et in eam rem hoc exemplo utitur: ut puta, inquit, fidejussi pro te, et solvi: mandati te si condemnavero, famosum facio. Id ex ejus propositione sic intelligendum est, si fides in hac fidejussione mihi abs te data sit fore, ut aliquid faceres, quo me ad fidejubendum invitares, et tu fidem fefelleris. Fingamus mandasse te mihi, ut pro te apud creditorem tuum fidejuberem. Cum primo gravarer; tamen recepisse ad me facturum, si tu solveres pecuniam creditori tuo intra duos menses; neque committeres, ut ad me veniretur: fidem dedisse te facturum, neque fecisse. Itaque conventum me coactum esse solvere. Hic mihi adversus te de pecunia tuo nomine soluta mandati judicium contrarium futurum est. Hoc judicio si tecum agam, et te (8) condemnavero, inquit Ulpianus, id est, effecero ut condemnaveris: famosum facio, idest consequor, ut sis famosus. Hoc ille merito: nam et hic (9) perfidia mea manifesta est; de qua cum constet, non minus eam coerceri oportet in contrario judicio quam in directis. Hæc usque adhuc recte. Illud non videtur posse defendi, quod Ulpianus ibidem adjicit. Ait enim in hac specie et similibus ipsos mandatores, qui fidem procuratori suo a se datam fefellerunt, hoc nomine condemnatos non solum famosos fieri, sed etiam verbis edicti notari. Atqui verba edicti aperte reclamant; quæ nominatum judicium contrarium excipiunt. Constat autem contrario judicio experiri eos qui mandatum susceperunt, adversus eos qui mandarunt. *L. si vero*, 12. §. *contrario*, *D. mand.* ut perinde dici debuerit, si quando judicio contrario damnatus infamis fiat, sententia edicti id fieri, minime autem verbis. Immo et hoc recte Ulpianus eum qui hujusmodi caussis contrario judicio damnatus est, etiam verbis edicti notari: quia partim contrarie judicio damnari videtur, partim directo. Quatenus mandasti mihi, ut pro te fidejuberem, ego tibi directo judicio teneor, tu mihi contrario: quia tu mandasti, ego, suscepi mandatum. Sed quatenus tu mihi promisisti, ut in tempore solveres, neque ego convenirer; hac parte ego mandator esse incipio; tu mandatum suscipere. Sic enim suscipio mandatum tuum fidejubendo, ut vicissim tibi mandem, ut facias id, de quo convenit; qua parte tu mandatum meum suscipiens, et fidem mibi dans; directo judicio conveniri existimandus es potius, quam contrario.

VIII. Tertia conditio est, ut ex superioribus judiciis, pro socio, tutelæ, mandati, depositi, qui suo nomine non contrario judicio damnatus est, infamis fiat, si quidem (10) ob dolum damnatus erit: ob culpam damnatus salvam existimationem retinet. Hanc conditionem recte posuit Accursius interpretans eam clausulam. Sed quia conditio prætermissa est in edicto, et id edictum, itemque alii loci repugnare videntur; conditio ejusmodi est, quæ probationem certiorem desideret, et eorum quæ obstare videntur, enodationem. Probatur vero hæc conditio et certis locis, et ratione minime dubia. Ulpianus cur contrario judicio damnatus non sit infamis, hanc rationem reddit, quia in contrariis judiciis de

(8) Vid. *supra Lib.* 4. *C.* 33. *N.* 5. add. Muret. 19. *Var. Lect.* 16. Pollet. 4. *Hist. fori* 5. *sub fin.*

(9) Et ita in hoc cessat ratio, quod non agatur de fide rupta, et e contrario rationi, quæ in directis, locus est, Ant. Fab. *ad d. L.* 6. §. 5. Freher. *C.* 11. *n.* 9.

(10) Diss. Modest. *ad L.* 23. *Depositi.* Ex caussa horum judiciorum scribens omnem culpam, tametsi in minimis rebus admissam, sine ulla specie doli mali, inurere infamiam. Qui et *ibid.* omnem aliam actionem bonæ fidei infamare, si reus damnatur ob dolum. Male omnino. Nam, ut alia taceam, sic inconveniens erit ratio Ulpiani *in L.* 1. §. 4. *de dolo*, cur si dolo admisso, alia actione res salva esse possit, actio de dolo danda non sit. Et absurdum certe ob culpam, quæ in idoneum cadit, pretiosissimum hominis bonum perdi etc. Ac omnem hic scrupulum, per quam expedite eximit Donellus noster.

persona conventi non agitur. *L. furti*, §. *ult. D. de his qui not. infam.* Multis modis hæc ratio ostendit nec in directis judiciis damnatum infamem fieri, si de perfidia et dolo ejus non agatur. Vel quod in quibus caussis eadem ratio est, in his jus idem statui debet. *L. illud*, *D. ad leg. Aquil.* Vel quod ne in contrariis quidem judiciis ista ratione efficitur damnatum infamem non fieri, nisi prius generaliter definierimus, quibus in judiciis de perfidia non agitur, in his damnatum infamem non esse. Hac enim definitione posita sic deinde recte assumitur; Atqui in contrariis judiciis de perfidia non agitur. Ex quo deinde sequitur recta collectio. Ergo contrario judicio damnatus non est infamis. Postremo apparet rationem Ulpiani eo spectare, ut ea ratione ostendat circa infamiam recte distincta esse judicia directa a contrariis. At id ita recte fit, si ut de his judiciis contrarium est circa infamiam, ita hujus constituti juris contrarias rationes statuamus, dicamusque quemadmodum contrarium judicium infamiam non irrogat ideo, quia in eo de perfidia non agitur: ita contraria de caussa directum judicium infamiam irrogare, quia in eo de perfidia agitur, nec extra perfidiam sit famosum. Satis ergo aperte superior Ulpiani locus perfidiam et dolum ad infamiam in superioribus judiciis quatuor exigit. Sed diserte hæc distinctio expressa est in suspecto tutore. De quo ita scriptum est in §. *suspectus autem remotus*, *Inst.* de susp. tut. *Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum famosus est: si ob culpam, non æque.* Si hoc in suspecto tutore valet, qui gravius aliquid et turpius admittere solet, cur removeatur a tutela nondum finita: multo magis in eo tutore probandum est, qui integra tutela peracta convenitur tutelæ, etsi eo nomine condemnatus est. Quo in tutela recepto, nihil caussæ dici potest, cur non intelligatur in cæteris judiciis, quæ sunt ejusdem generis, et eodem modo atque eodem loco simul notata sunt a prætore. Ratio etiam certa id a nobis exprimit. Nam cum omne dedecus et infamia a turpitudine aliqua facti proficiscatur, absurdum est eum dedecore et infamia coerceri, qui turpe nihil admisit. Atqui culpa levi peccare, et solita in suis rebus negligentia, infirmitatis et ignorantiæ vitium est, non ullius turpitudinis: nam hæc in optimos etiam viros cadere possunt. Quare non debet levis culpa infamiæ macula notari. Sententia ergo et probata veteribus, et per se manifestæ æquitatis. Sed pleraque obstant, quæ breviter volvemus.

IX. Obstat primum edictum: quod de superioribus judiciis generaliter ita scriptum est, ut si quis his damnatus sit suo nomine non contrario judicio, notetur infamia: nec quidquam adjicitur, ob dolumne, an ob culpam damnatus sit. Generaliter igitur edictum accipiendum, nec superior distinctio adhibenda: sic est constans interpretatio et collectio veterum in omnibus edictis et legibus generaliter et distincte susceptis: ut *L. 9. §. 1. D. quod met. cau. L. item veniunt*, §. *petitam*, in fin. *D. de her. pet. L. Imperator*, *D. de post. L. de pretio*, *D. de publ.* Et non negem ne hoc quidem edictum ita interpretandum, si quidem in eo nulla esset distinctio doli et culpæ. Ac verbis quidem nulla expressa est, sed additum est in edicto id, ex quo sententia prætoris de hac ipsa distinctione facile colligitur; ut si minus verbis nominatim contineatur hæc distinctio: at certe contineatur edicti sententia. Proinde edicto: quia verbum ex legibus intelligitur, tam quod est ex legum sententia, quam quod ex verbis. *L. nomen*, §. 1. *D. de verb. sign.* Id autem ita fit. Nominatim enim prætor excipit contrarium judicium: quo voluit damnatum infamia non notari, quanvis maxime damnatum suo nomine. Porro hujus exceptionis non alia ratio est, quam quod in judiciis contrariis de perfidia conventi non agitur, ut modo diximus. *d. L. furti*, §. *ult. de his qui not. infam.* Ex quo mens prætoris perspicitur, ut ne sit infamis quisquam, qui ob perfidiam et dolum non damnatur. Quod plane et ad judicia directa pertinet, quatenus in his damnatur quis ob culpam, non ob dolum.

X. Obstat præterea *L. in re L. mand.* In qua de mandati judicio inter cætera sic definit Constantinus; *in re mandata non pecuniæ solum, cujus est certissimum mandati judicium, verum etiam existimationis periculum est.* Nihil hic distinguitur, utrum ad utrumque hoc periculum subeundum damnatus quis sit mandati ob dolum, an ob culpam. Quinimmo hanc esse sententiam Constantini, ut ne distinguatur, hæc probant. Primum conjungit hæc duo, pecuniæ et existimationis periculum, quasi hæc ex eadem caussa imminere damnato statuat. Scimus autem in mandati judicio eum qui pecuniæ nomine condemnatur, etiam ob culpam condemnari. *L. procuratorem*, *L. a procuratore*, *C. mand.* Sit igitur ob eamdem culpam et periculum existimationis damnato. Tum autem quo magis id sentire Constantinum existimemus, subjicit eam rationem, quæ ad culpam omnem, etiam levem, non

ad dolum solum confertur. *Aliena enim negotia*, inquit, *exacto officio geruntur*, *nec quidquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est.* Unde colligas, ob hanc culpam utrumque illud periculum et pecuniæ et existimationis de quo proposuerat, suscipi in judicio mandati. Respondeo, longe aliud esse dicere in re mandata versari infamiam: aliud in re mandata versari periculum infamiæ. Prius si diceret Constantinus, fateor, generaliter diceret judicio mandati infamiam damnato irrogari, quacunque de caussa quis damnatus esset. Nunc autem dicit in re mandata esse periculum infamiæ. Quo non aliud significatur, quam in re mandata periculum esse, ne damnatus in infamiam incidat. At hoc qui dicit, non dicit damnatum infamem esse; sed fieri posse, ut sit infamis; et metuendum esse, ne infamis fiat. Unde relinquitur adhuc ea quæstio, quando sit infamis. Quod quia illic non explicatur, de eo ex aliis locis statuendum est. *L. præcipimus*, in fi. *C. de app.* Cum ergo ostenderimus prius ex aliis locis judicio mandati, et tribus reliquis similibus irrogari infamiam tantum iis, qui ob dolum damnati sunt, sic definitionem Constantini accipiemus, ut insit periculum infamiæ mandati judicio hac ipsa conditione. Idque ita esse licet intelligere ex eo, quod lex ait, in re quoque mandata esse periculum pecuniæ. Id enim nemo ita dictum accipiat, quasi simul atque res mandata est, debeat is qui mandatum suscepit, in pecuniam condemnari, aut etiam pecuniæ nomine teneatur. Quid enim si mandatum exsequatur? quid, si non exsecutus in tempore renuntiet? quid si etiam mandatoris nihil intersit mandatum non esse impletum? quibus casibus constat mandatarium omnimodo non teneri. *L. si mandavero*, 22. §. *ult. L. si procuratorem*. 8. §. *mandati*, *D. mand.* Quid est igitur, in re mandata pecuniæ periculum esse? Nimirum hoc jam omnes concedent ita accipiendum esse, periculum id esse non utique statim, non semper, sed qua conditione hujus pecuniæ obligatio jure contrahi solet: quæ proinde conditio ex suis locis petenda est. Ea est autem, si quis mandato suscepto neque id impleat, neque tempestive renuntiet, et mandatoris intersit non fuisse deceptum. Quapropter et cum dicitur, in re mandata inesse periculum existimationis, eodem modo dictum putemus, ut insit hoc periculum itidem et sua conditione, quæ et ipsa ex legibus mandati, et reliquo jure sumenda est. Et hactenus recte duo ista in re mandata conjunguntur a Constantino, periculum pecuniæ, et existimationis. Quod si quæretur amplius, quibus conditionibus putemus utrumque in re mandata inesse: hic jam intelligemus non conjungi ista, sed discrepare conditionibus: docti ex aliis partibus juris, in re mandata pecuniæ periculum propositum, quocunque modo quis mandati teneatur, vel ob culpam: existimationis autem periculum non intentari nisi perfidiæ et dolo. Neque hoc posterius mutat ratio a Constantino in extremo subjecta: quæ non definitioni propositæ probandæ, sed tacitæ objectioni removendæ adhibita est. Ait Constantinus *in alienorum negotiorum administratione nihil neglectum ac declinatum culpa vacuum esse:* facile intellectu est non adhibere hanc rationem eo, ut probet propterea in mandato periculum existimationis versari. Nihil enim vitiosius dici potest, quam si quis in mandato ideo colligat, inesse periculum existimationis, quia qui mandatum suscepit, culpæ nomine teneatur mandatori: cum sciamus innumera esse judicia, quibus quis præstare debet et culpam, neque ideo his judiciis damnatum quemquam fieri infamem: ut empti, venditi, locati, conducti, commodati, et similium, de quo paulo post plura. Ratio est ergo, ut dixi, non præcedentis definitionis confirmationem, sed objectionis quæ occurrebat, occupationem continens. Diceret enim aliquis, etsi quis rem mandatam negligat, non ideo ei propositum esse debere periculum pecuniæ et existimationis, sed potius impunitum id esse debere: cum si quis rem suam negligat, impune faciat, nedum laboret infamia. Occurrit Constantinus, ostenditque nihil hoc si quis objiciat ad rem pertinere, et male ista inter se comparari, hac ratione. *Nam*, inquit, *suæ quidem quisque rei moderator atque arbiter*, *non omnia negotia*, *sed pleraque ex proprio animo facit. Aliena vero negotia exacto officio geruntur: nec quidquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est.* Atque hæc quidem Constantini occupatio, et ratio est. At ut hoc statuamus ita esse, quid tandem ista ratione efficitur? Nempe hoc: quia in re mandata nihil neglectum culpa vacuum est, idcirco rem mandatam non licere negligere impune. An ergo, ut quævis pœna ei culpæ proposita sit? Immo ea sola, quam mandati leges præscribant: scilicet ut omnis culpæ damnum præstet is qui neglexit; non etiam, ut præter pecuniæ damnum omnis culpæ nomine fiat infamis, sed solum ob dolum.

XI. Sed his omnibus vehementius adversari dixeris *L. probrum*, *D. de verb. signif.* Ubi Ulpianus diserte scribit tutelæ damnari, non esse quidem probrum natura; sed esse *civiliter et more civitatis.* Declarat autem se hoc etiam de eo dicere, qui culpæ et desidiæ, non doli nomine damnatus sit: cum subjicit, ideo id probrum esse *more civitatis*, non natura: quia *natura probrum non sit*, *quod potest etiam in hominem idoneum incidere.* Potest in *hominem idoneum*, idest bonum et frugi incidere culpa levis, et nonnulla imperitia; ut non omnes omnium rerum experientiam habent, et sunt alii aliis diligentiores ac magis industrii; dolus certe et lata culpa in virum bonum et idoneum cadere non potest. Et non dubium est, quin hoc sentiat Ulpianus, etiam ob levem culpam tutelæ damnari, probrum esse: sed probri verbo intelligit dedecus positum in hominum opinione, non juris animadversione; quale est id quod proprie infamiam appellamus. Id adeo verba ejus non obscure declarant. Non enim dicit id probrum esse jure civili: sed *civiliter:* et hoc *civiliter* interpretatur *quasi more civitatis.* Ubi apparet eum non vocare quasi morem civitatis leges aut mores in jus receptos, quæ vere sunt leges, non quasi leges: sed (11) morem hominum in civitate de talibus damnatis judicantium: qui talis esse consuevit, ut quos tutores tutelæ damnatos vident, adduci non possint, quin existiment ob tutelam perfidiose administratam potius, quam ob culpam aliquam suam levem esse damnatos. Nam et tutorum quoque magna ex parte hæc corruptela est, ut dum pro dominis habentur in rebus pupillaribus, easque commodis suis opportunas vident, avaritia victi facile ea occasione abutuntur ad malas artes, et aut ad res pupillorum ad se transferendas, aut ad commoda sua inde augenda neglectis pupillaribus.

XII. Videamus etiam ad extremum, ne adversus ista omnia, quæ ante respondimus, stet Ciceronis testimonium dilucide scriptum in contrariam sententiam de mandato in *Oratione* pro Roscio Amerino. Verba ejus hæc sunt: *In privatis rebus si quis rem mandatam non modo malitiosius gessisset sui quæstus aut commodi caussa, verum etiam negligentius; eum majores summum admisisse dedecus existimabant, itaque mandati constitutum est judicium non minus turpe, quam furti.* Hæc ille. Constitutum ergo judicium adversus negligentiam, et constitutum ad infamiam juris, qualis irrogari solet judicio furti. Sed quod Cicero dicit de re mandata gesta negligentius, in quo et summum dedecus admitti scribit: istud negligentius non de omni negligentia intelligi oportet, sed de lata et dissoluta, quæ dolo comparatur: cum scilicet qui mandatum suscepit, rem potest gerere et debet, et sciens negligit tamen. Probant hoc ea, quæ Cicero de hoc homine postea disputat. Subjicit enim ideo hanc culpam merito turpem esse, quod duas res sanctissimas violet, amicitiam et fidem. Addit etiam perditissimi esse hominis fallere eum, qui læsus non esset, nisi credidisset. Non violat fidem, nisi qui sciens violat: non fallit, nisi qui dolum adhibet. *L. 1. D. de dol.* ut nihil aliud; certe illud constabit perditissimum non esse dicendum, qui culpa et infirmitate, aut imperitia labitur: præsertim cum hunc Ulpianus idoneum alioqui hominem vocet, *d. L. probrum, D. de verb. sign.*

XIII. Stabit igitur hæc sententia: superioribus judiciis quatuor damnatos, pro socio, tutelæ, mandati, depositi, quanvis simpliciter dicantur in edicto infamia notari, nulla distinctione adhibita doli et culpæ; tamen non aliter notari infamia, quam si ob dolum suum damnati sint: ob culpam damnatos famosos non esse, quanvis et suo nomine, et non contrario judicio sint damnati. In quo tamen ne nos fallat verbum culpæ, intelligi volumus superiora dicere de levi culpa: ad latam culpam non pertinere. Hæc ut in cæteris caussis comparatur dolo, et doli exitum patitur: *L. 1. §. 1. D. si mens. fals. mod. dix. L. quod Nerva, D. dep. L. quæsitum, §. eum quoque D. de prec.* sic et in his judiciis, eum quem damnatum infamia notari volumus: scilicet ut in his non minus (12) lata culpa damnati, quam apertus dolus infamia coerceatur. Id non

(11) Convenit quod Gœd. *in d. L.* 42. *n.* 12. civile probrum aliud juris esse, aliud opinionis, quod cum lege, edictove non notetur, moribus, et opinione civium ignominiosum habetur.

(12) Quo faciunt ea, quæ supra dicta sunt *Lib.* 16. *Cap.* 7. *N.* 21. add. Zas. 1. *Sing. Respons.* 2. *n.* 36. *et seqq.* qui tractat quatenus ignorantia juris in latam culpam incidat Diss. etiam Freher. *Lib.* 2. *de Existim. Cap.* 10. *n.* 3. Sine delicto, inquiens, infamia non infligitur. Nullum vero delictum dolo caret. Sed hoc dandum non est, quod refellitur *L.* 1. *et* 2. *de L. etc.* Quin idem Freher. *Lib.* 3. *de infam. Cap.* 11. *n.* 9. *in mandati judicio*, crassiorem negligentiam, famæ periculo corrigi scribit, tum per allegatum locum Ciceronis *pro Roscio*, tum quia pluries in *tit. mandati* inculcatur latam culpam prope dolum esse.

obscure demonstratur in persona ejus, qui intra tempus quo virum defunctum elugere moris est, viduam ejus duxit uxorem. Nam hunc placet notari infamia, etsi jus ignorans putaverit id sibi per jus facere licere. *L. liberorum*, §. *ult. D. de his qui not. inf.* Atqui hæc imperitia non est dolus. Nemo enim consulto accersit sibi imperitiam, ut per hunc alium fallat, quæ doli definitio est: *L.* 1. *D. de dol.* sed cum negligentia aut socordia non curasset jus cognoscere, factum est per eam imperitiam, ut aliquid contra jus committeret, idque sine dolo: cum id faceret, quod serio putaret sibi licere. Sed cum lata culpa sit id ignorare, quod omnes intelligunt, aut intelligere debent: *L. latæ*, *D. de verb. sign.* imperitia juris ex hoc genere habenda est. Est enim jus publicum ejusmodi, quod omnes scire debent. *L. leges sacratissimæ*, *C. de leg.* Ideoque ea ignorantia excusationem non habet, quia etsi quis per se jus non novit, potest tamen facile id consequi consulendo prudentiores. *L. in bonorum*, *D. de bon. pos.* Sed et hoc de culpa lata non minus aperte confirmat Cicero in eo loco, quem paulo ante retuli ex *Oratione* pro Roscio Amerino. Ubi constitutum esse ait mandati judicium non minus turpe, quam furti; non modo *si quis rem mandatam malitiosius gessisset sui quæstus aut commodi caussa*, *verum etiam negligentius*. Quæ est autem ista negligentia, quam hic infamia notari dicit? Dissoluta, ut ante dixi, quæ amicitiam et fidem violat. Ea autem est non facere in alienis rebus, quod in tuis facias: negligere alienas fidei tuæ commissas, ubi tua cures: quæ lata culpa dicitur in *L. quod Nerva*, *D. dep.* Vide plura in hanc sententiam supra in explicatione hujus generis culpæ.

XIV. Observandum est, ut edicto superiores actiones ex contractu quatuor notantur infamia, pro socio, tutelæ, mandati, depositi: si quis ex his damnatus sit suo nomine: ex innumeris hujus generis notari has solas. Unde intelligimus ex cæteris omnibus damnatos, quanvis damnatos ob dolum et perfidiam, infames non esse. Nam qui ex omnibus caussis quasdam excipit et notat, in cæteris existimationem concedere et tueri intelligitur. *L. cum prætor*, in pr. *D. de jud. L. quæsitum*, §. *idem respondit*, *domo instructa*, *D. de inst. instrum. leg.* Nisi tamen alicubi alia judicia privata ex contractu notari reperiuntur: quod nusquam legimus. Itaque neque ex empto, vendito, locato, conducto, commodato, neque ex aliis similibus caussis damnatus quanvis doli et fraudis nomine, notatur infamia. Inde dolo admisso doli actio constituta, si alia actio non erit, non ob aliam caussam quam quod doli actio famosa est, cæteræ non item, nec temere debuit actio famosa decerni ut est in *L.* 1, §. *ait*, *D. de dol.* Inde etiam dictum, cessare ignominiam in conditionibus, quanvis ex famosis caussis pendeant. *L. cessat*, *D. de obl. et act.* quia scilicet non notantur conditiones neque edicto, neque aliis juris partibus. Hinc ex re ipsa merito incidit quæstio, cur aliis judiciis tam multis damnatus non sit infamis: præsertim empti venditi, locati, conducti, pigneraticia actione: in quibus non minus bonam fidem servari oportet: sunt enim et hæc bona fidei, ut superiora, §. *actionum autem*, *Inst. de act.*

XV. Sed ex omnibus maxime dubitari potest de commodato, et precario. Cur enim in mandato et deposito fidem fallere infame est, nisi quod fidem in istis servari maxime conveniebat? At æquius videbatur hanc ab eo exigi, qui commodatum aut precarium acceperat: propterea quod in mandato et deposito qui ea suscepisset, nihil amplius præstare deberet, quam officium non sua caussa, sed aliena. In commodato autem et precario is cui hæc data sunt, beneficium acciperet: quod non reddere viro bono non licet, si id facere possit sine cujusquam injuria, ut bene scriptum est a Cicerone *libr.* 1. *Offic.* Pro beneficio autem etiam referra injuriam, hoc jam ejusmodi est, quod videatur omnium turpissimum et indignissimum homine debere judicari.

XVI. Et Cicero in *oratione* pro Roscio Amerino de mandati judicio disserens in eo loco, cujus paulo ante memini, cum posuisset majores id judicium constituisse non minus turpe, quam furti, eam rationem reddidit, quæ sub una specie mandati nihilominus ad reliquas illa tres pertinens, pro socio, tutelæ, depositi, simul videatur rationem differentiæ inter ista judicia superiora quatuor, et reliqua omnia commode expedire. Et ita scribit: *In privatis rebus si quis rem mandatam non modo malitiosius gessisset sui quæstus aut commodi caussa, verum etiam negligentius; eum majores summum admisisse dedecus existimabant. Itaque mandati constitutum est judicium non minus turpe, quam furti.* Cujus rei rationem redditurus cum non pauca amplificandi caussa oratorie in eam sententiam disseruisset, tandem ita concludit, quod totius disputationis summam et rationem con-

tinet. *Ergo*, inquit, *turpis hæc culpa est, quod duas res sanctissimas violat; amicitiam et fidem. Nam neque mandat quisquam, nisi amico: neque credit, nisi ei quem fide'em putat. Perditissimi est igitur hom'nis simul et amicitiam dissolvere, et fallere eum, qui læsus non esset nisi credidisset.* Hæc, inquam, ratio si recte accipitur, totius hujus differentiæ rationem non minus vere, quam commode expediet.

XVII. Est ergo in omnibus judiciis superioribus hoc commune, quod ab eo qui fallit, ex æquo fides violatur. Hoc interest, quod in superioribus quatuor (13) violatur fides data per speciem amicitiæ, et propter hanc ipsam credita: quod est omnium nequissimum: in cæteris non item. Datur nobis fides per speciem amicitiæ, cum alicujus opera indigentes in re aliqua, venimus ad eum tanquam amicum, ejus personam sequimur, expetentes in ea re ejus operam et fidem: ille suscipit tanquam amicus, quam ob caussam et nos tanquam amico credentes rem nostram illius fidei et amicitiæ committamus. Ac fiunt hæc omnia in mandato: nec solum in mandato, sed etiam in societate, tutela, deposito. Nam et qui mandat, et qui deponit, indiget mandatarii et depositarii opera et fide, ille ad suum negotium perficiendum: hic ad rem suam custodiendam. Et quod huic mandat, aut apud hunc deponit, eo fit, quia eum amicum putat, unde et illi fidem habet. Cum autem is ultro mandatum et depositum suscipit, eadem opera et se amicum esse ostendit; cupere ei gratificari: et rem ejus tractare ut suam, quod est amici. Et qui societatem cum aliquo contrahit, easdem caussas habet ad contrahendum: et quod indiget socio ad rem in commune faciendam, et quod alter societatem recipiendo non tantum se amicum profitetur, sed etiam fratrem: ut societas quodammodo jus fraternitatis in se habere dicitur. *L. verum* in pr. *D. pro soc.* In tutela non pupillus quidem committit se tutori; sed committit hunc Respublica ob easdem caussas; et quod gubernatore opus sit pupillo ad rem ejus tuendam, et quod ad tutorem ut amicum et virum bonum veniatur. Ac quominus pupillus propter imbellicitatem ætatis et imperitiam rerum se potest defendere, eo detestabilior est tutoris perfidia, si per caussam officii et administrationis susceptæ pupillum spoliet. Pertinet ergo ad superiora judicia quatuor non solum fides, sed etiam amicitia, seu fides data indigentibus, et data per speciem amicitiæ. Hanc qui in his violat, quam multa ab eo, et quam turpiter peccentur, quamobrem etiam præcipue dignus judicetur infamia, videamus. Et reperiemus hæc esse. Nam præterquam quod facit aperte contra id, quod recepit, hæc accedunt, quod ad alium fraudandum utitur per summam improbitatem trium rerum occasione, quibus solis contra ad subveniendum excitari debebat; alterius indigentia, ejus opinione de sua amicitia, et officii atque amicitiæ ostentatæ simulatione. Etenim eum qui laboret, et egeat nostra opera, sublevare debemus, quod possumus, etiam non rogantem, si homines sumus. Idque omnibus etiam ethnicis natura judicium est *L.* 3. *D. de just. et jure*, *L. servus*; in fin. *D. de serv. exp.* Multo magis, si opem expetat a nobis, et se fidei nostræ tanquam ami-

(13) Sic Corss. 4. *Misc* 19. *n.* 6. Moventur hæc quatuor judicia non nisi adversus eos, quorum fidei, initio maxime credidimus, quique insigniter probos, nec vulgares amicos sese nobis ostentarunt. Quis enim negocia gerenda, liberos tuendos, rem custodiendam cuiquam mandet, aut cum eo societatem coeat, quem suspicetur, vel improbum, vel sibi parum amicum. Perditus igitur, et nefarius, qui eum fraudat, a quo ipse bonus, et amicus existimatus est. Ant. Fab. 6. *Conject.* 17. et ad *L.* 6. §. 7. *h. t.* Caussa infamiæ in his judiciis perfidia seu fides rupta. Hæc autem dicitur, non quoties non fit, quod promissum est, sic enim maxime in stipulatione fides rumperetur, sed cum singularis perfidia elucet circa rem alienam, ex qua futurum ut damno afficiatur, qui alterius bonam fidem sequutus. Cum primis vero depositi inficiatio turpissima, et maxime detestanda semper habita. Immo Pisidarum lex fuit. Qui interverterit depositum, capite plectatur. Henr. Steph. *in Jur. Civ. font. et rivis p.* 83. Et celebre est Turcarum Imperatoris judicium, quo in depositum abnegantem capite animadvertit de quo P. Ærod. *Lib.* 1. *Decretor. Tit.* 30. Quin et lex divina, in deposito eminere bonam fidem, voluit, *Ex.* 22. v. 8. vid. Joach. Steph. 1. *de Jurisd.* 9. *n.* 34. et *seqq.* P. Greg. 23. *Synt.* 4. *n.* 5. Et sane depositi caussæ sæpe sobitaneæ. Commodans vero instrumento, pignore, aut testibus sibi de securitate prospicere potest. Sicuti et mutuum non fere nisi sub pignoribus vel chirographo accepto datur, atque ita inficiationi non facile locus, ut Rævard. *ad L.* 32. *de R. I.* Adhæc major in depositario fides requiritur, quem quis sponte elegit, probitatis fiducia aliis prætulit. Commodatum non ita sponte domini contractum. Qui petenti, et cujus fidem non adeo probabat, denegare noluit, ut post Alc. 2. *Parerg.* 36. Ercher. *Cap.* 11. *n.* 13. Diss. Cujac. ut *supra N.* 10.

corum committat. Omnium maxime, si nos amicos esse ostendimus paratos id facere, quod committebat, ac cupere de eo bene mereri. Ex quo apparet in eo qui contra hæc faciat, tria hæc concurrere ad summam improbitatem, et nequitiam, primum quod rebus et periculis communibus abutitur ad laboranti nocendum contra omnem humanitatem: deinde quod rebus sanctissimis amicitia atque officio utitur indignissime ad fraudem: postremo, quod decipit eum, qui ejus amicitiæ simulatione erectus cavere non potuit. Merito igitur adversus eum qui ista admisisset, ut perdite improbum, veteres judicia superiora famosa esse voluerunt. Nihil horum in cæteris contractibus omnibus, enm a fide discesseris. Nihil enim in his suscipimus alieni, amicitiæ et officii caussa; sed aut rem ejus sequimur, non personam, ac propter rem cum illo contrahimus; aut si quid suscipimus alieni, nostra caussa facimus, non ejus qui contulit. Ut in emptione non emimus ab aliquo amicitiam ejus secuti, sed rem, quam pretio ab illo consequi volumus. Nec vendimus cuiquam ob aliam caussam, quam ut per rem pretium ab eo consequamur: eadem facturi etsi alienissimi se darent, a quibus rem necessariam, aut pretium rei nostræ auferre vellemus. Sed et in commodato etsi qui commodatum a nobis accipit, beneficium accepit: non tamen accipit dantis caussa, quo quidquam egenti, aut expetenti tanquam amicus præstet, sed sua, quo sibi et indigentiæ suæ consulat. Nec qui commodat, ideo commodat, quia egeat ipse commodatarii opera: sed quia illum re sua agere videat. Sed nec qui accipit, ideo de amicitia sua danti quidquam polliceri intelligitur: cum non ideo se amicum probet quisquam, quia beneficium accipit, sed quia aut dat, aut se dare paratum esse ostendit. Eo fit, ut si in commodato quidquam dolo fecerit, qui accepit; nunquam tamen dici possit fraudasse dantem aut indigentia aliqua vel commodo suo dare coactum, aut contra amicitiæ fidem deceptum, quam is nullam accepit. Postremo quod animadversione dignum est, in omnibus aliis contractibus, etiam in commodato, negotium contrahimus principaliter nostra caussa, non quo in eo rem alienam servemus, eamque curæ habeamus, etsi per consequentiam rei gestæ etiam hæc cura nobis imponitur. Ut in emptione, vendimus rem ut pretium consequamur: etsi bona fides a nobis exigit, ut rem venditam interim diligenter custodiamus. In commodato qui accipit, ideo principaliter accipit, ut eo utatur: per consequentiam autem etiam pro beneficio rem diligenter curare cogitur, quo eam reposcenti integram reddat. Ea res facit, ut quod adversus eam curam peccatum erit, nec videatur peccatum contra fidem in eo contractu datam, nedum contra amicitiam ullam susceptam: propterea quod in omni re spectari solet, quod principaliter fit, non quod per consequentiam. *L.* 1. *D. de aurt. tut.* Mandatum autem, tutela, societas, depositum, sic per caussam amicitiæ atque officii suscipiuntur, ut suscipiantur principaliter alterius caussa, idque ita fore principaliter fides detur, mandatum quidem, tutela, depositum solum alterius caussa: societas autem nostra quidem, sed tamen simul et socii caussa. Ut proinde siquis in his eam fidem fallat, tum vere dicturi simus eum contra ipsius contractus propriam fidem et præcipuam facere.

XVIII. Atque hæc de civilibus actionibus dicta sunt, dum hoc quæritur, quæ in his sint famosæ, sive ex delicto sint, sive ex contractu. Criminalia judicia ne sic quidem famosa omnia. In his ad hanc quæstionem hæc distinctio observanda est. Quædam sunt publica; quædam ita non publica, ut sint de eo crimine, quod in judicio publico admissum est: quædam neque publica, neque de eo crimine, quod ad judicium publicum pertineat.

XIX. Primum genus, quod publici judicii est, totum est famosum: et ut Macer definit, Infamem ex omni crimine sententia facit, quod publici judicii est, seu quod publici judicii caussam habuit. Nihil de hac parte cautum edicto de infamibus, sed exstat definitio in *L. infamem*, *D. de public. jud.* ut verisimile sit de eo cautum fuisse aliqua lege aut constitutione, unde definitionem superiorem tanquam rem juris certi Macer sumpserit. Quæ judicia sint publica, traditur in *L.* 1. *de publ. jud.*

XX. Alterum genus, quod est de iis criminibus, quæ publici judicii non sunt, sed in publico judicio admissa sunt, et ipsum totum famosum est, id quod species indicabunt. Sunt autem hujus generis crimina hæc tria, (14) calumnia, prævaricatio, natus, eam ipse incurrat *L. ult. C. de calum.* Cic. *Divinat. Nulla salus*, ait, *Reipublicæ major*, *quam eos, qui alterum ac-*

(14) Qua de re consule Frehec. *Lib.* 3. *de Infam. Cap.* 6. *toto.* Æquum vero, ut qui alteri inurere infamiam per calumniam co-

tergiversatio. Calumnia est, falsa crimina intendere scientem dolo malo. Prævaricatio, colludere cum adversario perdita caussa sua. Tergiversatio, desistere ab accusatione. *L.* 1. in prin. *D. ad Turp. L.* 3. *D. de prævaric. L.* 4. §. *ult. D. de his qui not. infa.* De his ita jus est; qui his criminibus damnatus erit, cum hæc in judicio publico admisisset, etsi maxime damnatus sit non judicio publico; tamen damnatum infamia notari. De calumnia et prævaricatione si quis quid eorum in judicio publico fecisse judicatus erit, comprehensum est edicto prætoris de infamibus in *L.* 1. in princip. *D. de his qui not. infam.* De tergiversatione judicii publici, seu de eo qui crimen judicii publici deseruisse judicatus est, traditum in *L. spurii*, §. *qui judicii*, *D. de decur. L.* 1. *C. ut int. certum tem. cri. quæs. ter.* Et tamen sunt hæc omnia crimina hujusmodi, ut quanvis in judicio publico admissa sint; sit tamen de his judicium non publicum. De prævaricationis, item tergiversationis judicio traditum in *L.* 3. *D. de præv.* De calumnia inde intelligimus, quod dicitur calumniatoribus pœna lege Remmia irrogari. *L.* 1. §. 1. *D. ad Turp.* Hæc enim lex inter leges publicorum judiciorum non numeratur in *L.* 1. *D. de pub. jud.* Sed satis est ista in judicio publico admissa esse, ut quanvis de his judicium publicum non sit, tamen eum ex his damnatum sequatur infamia. Neque de calumnia et prævaricatione verba edicti quidquam amplius exigunt. Sic enim verba sunt: *qui in judicio publico calumniæ, prævaricationisve caussa quid fecisse judicatus erit.* Non dicit prætor, qui judicio publico; sed qui in judicio publico, ut appareat prætorem hoc dicere, notari infamia, non eum qui judicatus erit judicio publico, sed qui judicatus erit quid eorum fecisse in judicio publico. Potest quidem, qui calumniatus est in judicio publico, eodem judicio calumniæ damnari. *L.* 1. *C. de calumn.* Potest et de prævaricatione judicium esse publicum. *L. d. L.* 3. *D. de præv.* Sed de his prætor non loquitur. Primum verba repugnant, ut ostendi. Sed magis edicti sententia. Nam si prætor in ea clausula intelligi vellet de iis qui istarum rerum nomine judicio publico damnati essent, male infamiam publici judicii inclusisset inter has duas species criminum: cum generaliter definire deberet omnes quovis crimine judicii publici damnatos esse infames, ut est regula Macri in *d. L. infamem, D. de pub. jud.* Constet hoc igitur, calumniæ, prævaricationis, tergiversationis caussa damnatos quanvis judicio non publico: dummodo ideo damnati sint, quia quid fecerint in judicio publico, infamia notari, et ad hoc genus secundum pertinere.

XXI. Sed videamus, ne ita interpretantibus nobis obstet Macri regula quæ exstat in

*cusant, non minus de laude, de honore, de fama sua, quam illos, qui accusantur, de capite ac fortunis suis pertimescere. Itaque semper ii diligentissime, accuratissimeque accusarunt, qui seipsos in discrimen existimationis venire arbitrati sunt.* Cæterum huc refert Freher. *d. Cap.* 6. *n.* 4. *et seq.* Delatores, qui nempe fisco commissa nunciabant. Qui si probassent, indicinæ ipsis præmium quarta pars, unde quadruplatores dicti: sin minus, variis pœnis affecti, maculaque hac aspersi *L.* 3. *L.* 5. *C. de delat.* de quibus Cujac. 19. *Obs.* 3. *et* 5. *Sent. Pauli.* 6. *et ad. d. tit. Codic.* Briss. 3. *Antiq.* 17. Menoch. *de Arb. judic. Quæst. Cas.* 198. Alberic. Gentil. *ad L.* 3. *C. de malef. et mathem.* Plane aliquando ex temeritate litigandi, vel perverso judiciorum usu, infamia sequitur, damnatum in caussis aliis, quæque ad has classes a Donello hic positas referri vix commode possunt. Itaque infames fiunt tum litigatores si vel sibiipsi jus dicant, ut si quis moribundum molestet, rebusve ejus signacula imponat. *Nov.* 60. *Cap.* 1. *in fin. princ.* aut si funus detineat, *d. Cap.* 1. §. 1. *aut item qui C. de sep. viol.* vel lites alienas vexandi caussa redemerint, per *L. un. in C. de his qui potent. nom.* aut iis assidue delectentur, argum. *C. similiter* 10. *C. nullus* 11. *cau.* 3. *Quæst.* 5. Freher. *Cap.* 12. *n.* 1. Item si qui appellavit, et refutatorios tulit, non destitit appellationem prosequi, et succubuit *L.* 13. *v. notatos*, ubi Goth. *C. de Appell.* Freher. *d. Cap.* 12. *n.* 10. Aut si supplicaverit pro rescissione sententiæ, appellatione omissa *L. ult. C. Ut li. pend.* nisi hic potius ipso jure infamis, in quod proclivior sum: tum judices si pretio corrupti gratiosam sententiam dixerint, Freher. *Cap.* 14. *n.* 2. si in eadem caussa, quis advocatum egerit, Freher. *ibid.* per *L. ult.* §. *C. de assess.* quæ tamen infamiam nominatim non infligit. Si acta mutila principi ediderint *L.* 15. *C. de appell.* Si executionem militum interdictam præbuerint *L.* 5. §. 1. *C. de jurisdict. L.* 15. *C. de re milit.* Si decurionem tormentis subjecerint *L.* 33. *C. de decur.* Si violentiæ crimen, justa pœna non coercuerint *L.* 8. *in fin. Cod. ad. L. Jul. de vi plub.* Si denique injurias studiosis factas non vindicaverint. Sed hic ipso jure *Auth. habita C. Ne fil. pro patre.* Freher. *d. Cap.* 14. Tum advocati et Procuratores, ut si parti patrocinium negarint, nec jussui judicis paruerint, si recte Freher. *Cap.* 13. *n.* 1. si maledici, vid. *supra Cap.* 3. *N.* 47. aut de quota litis pacti *d. Cap.* 3. *N.* 49. aut prævaricati fuerint, Freher. *d. Cap.* 13.

*d. L. infamem, D. de publ. jud.* Is enim ita definit nullum criminale judicium infamiam irrogare damnato, nisi aut crimen publici judicii sit, aut sit ex ea actione, quæ etiam in privato judicio infamiam condemnato importet. Atqui fatemur superiorum criminum judicia publica non esse. Neque porro de calumnia, prævaricatione, tergiversatione in judicio publico ab accusatore admissa ulla est privata et pecuniaria actio; aut si qua est, ut interdum adversus calumniatores, ea non est famosa. *L. 1. D. de calum.* Quare aut hæc judicia ex superiore regula Macri famosa non sunt, aut intelligere oportet eum, qui ex his caussis damnatus sit in judicio publico, atque adeo damnatus judicio publico. Et esset sane ita, si id crimen quod Macer in sua definitione publici judicii esse, seu publici judicii caussam habere dicit, id solum intelligeremus, quod accusatur et damnatur judicio publico: qualia certe non sunt superiora crimina, cum de his instituuntur separatim accusationes. Sed crimen judicii publici, seu judicii publici caussam habens recte dicitur duobus modis. Uno, si de crimine ipso judicium publicum est: de quo convenit. Altero, si crimen ad judicium publicum pertinet; seu si ex judicio publico caussam et originem habet, utpote in eo judicio admissum. Quo sane sensu recte dixerimus superiora judicia tria publici judicii esse, quanvis de his actum sit et sententia lata judicio non publico. Proinde et illud recte etiam ex regula Macri, superioribus judiciis damnatos sive in judicio ipso publico damnati sint, sive alio non publico, esse infames. Cum autem nisi hoc sensu definitio Macri defendi et ad superiora judicia aptari non possit; necesse est crimen judicii publici in ea definitione utroque isto modo accipi, siquidem eam cum aliis partibus juris congruere volumus: quod et faciendum est, ut vitio careat. *L. in ambigua, D. de legib.*

**XXII.** Tertium genus criminalium judiciorum esse diximus id, quod de iis criminibus est, quæ neque judicio publico damnatur, neque admissa sunt in judicio publico. Id vero non statim famosum. Hujus generis judicium quoddam militare est, constitutum adversus milites; quoddam militare, constitutum adversus paganos. Militare judicium ex hoc genere unum famosum, missio ignominiosa; si quid ab exercitu ignominiæ caussa ab Imperatore, eove cui de ea re statuendi potestas est, dimissus erit: de quo comprehensum est edicto statim in principio *L. 1. D. de his qui not. inf.* Intelligitur autem quis mitti ignominiæ caussa, cum is qui mittit, aut addit (15) nominatim ignominiæ caussa se mittere; aut militem exauctorat, id est, (16) insignia militaria ei

(15) Alias secus, etsi princeps dimiserit *d. L. 2. princ.* vers. *etsi princeps*, ubi male Hot. 7. *Obs.* 16. pro *et* reponit *nec*, quia alias, ait, ratio dubitandi nulla. Nam imo ipse Ulpianus dicit: *non dubitabis.* Est tamen aliquod saltem dubium, in eo, quod et is dicitur ex edicto prætoris notatus. At obstat *L.* 13. §. 3. *in fin. de re mil.* resp. A. Aug. 1. *Emend.* 5. pro *nihilominus*, *nihilomagis* substituens sententiam invertit, et pervertit, cum ipsa series præcedentium correctioni resistat. P. Fab. 1. *Semestr.* 17. *sub fin.* accipit *d.* § 3. quando per errorem oblivionemve, aut brevitatis, aliave caussa verba solemnia *ignominiæ caussa* omissa, si tamen delictum, quod missioni caussam dedit, sive commune, sive militare sit, palam prolatum fuerit. Et sic fere Ant. Fab. *ad d. L.* 2. §. 2. esse necessariam expressionem caussæ, id est criminis, ex quo pendet ignominia *d.* §. 2. non verborum, ignominiæ caussæ, et Pac. 2. *Quæst.* 18. Freher. *Cap.* 15. *n.* 14. Et ita statuendum videtur, quod non fiat infamis ita missus, nisi aut insignia detracta, aut formula hac, *ob eas res ignominiæ caussa, ab exercitu meo te removeo*, quæ apud Hircium seu Oppium (aut quisquis auctor Librorum eorum, qui Cæsari falso tribuuntur) *Lib.* 1. *de bello Afric.* usus qui dimisit *d. L.* 2. §. 2. *h. t.* aut delictum ejusmodi missioni caussam præbuit, quod alias famosum, sententia reddit *d. L.* 13. §. 3. Nam et hoc ipsum probat *d. L.* 2. §. 3. ubi adulterii damnatum ipsa sententia, sequitur hæc missio cum infamia.

(16) Ubi arma primum, dein, sagulum militare deponere jubebatur, ac discinctus vestibus militaribus exutus, et nudatus quasi in exilium ire cogebatur, ut ex Sueton. *in Vitell. Cap.* 10. Liv. *Lib.* 27. Dione *Lib.* 49. probat P. Fab. 1. *Semestr.* 17. *pag.* 105. *et seq.* add. Briss. 2. Antiq. 7. Plane verba *id est etc.* in *d.* §. 2. non explicant, sed coarctant latiorem exauctorandi significationem, P. Fab. *d. loc.* Exauctorationem enim realem arguunt, cum alia sit verbalis non ignominiosa *L.* 4. §. 8. *in fin. de re mil. L.* 1. *C. Qui mil. poss. Lib.* 12. *L.* 29. *D. de lib. cap.* Pac. 2. *Q.* 19. Cujac. 27. *Obs.* 8. Freher. *Cap.* 15. *n.* 7. Cæterum supine loquitur noster, dum dicit *unum delictum militare famosum, missio ignominiosa.* Missio enim hæc non est delictum militare, sed pœna *L.* 3. §. 1. *de re mil.* Nec unum, sed plura militaria delicta, missionem, et ignominiam merentia, quæ fuse persequitur P. Ærod. *Lib.* 10. *Pand. rer. judic. tit.* 5. *et seqq.* ref. Freher. *d. Cap.* 15. *n.* 11. Et exempla *L.* 6. §. 7. *l.* 13. §. 4. ibi veteres notaverunt *d. L.* 13. *princ. L.* 16. *C. de re mil.* Ac certe de delictis militaribus quibus capitis pœna præstituta est,

detrahit. *L. 2. §. ignominiæ, D. eod.* Non militare judicium criminale, quod neque publicum sit, neque de crimine ad judicium publicum pertinente, id est, de quo exstat, definitio Macri in *d. L. infamem, D. de pub. jud.* Sic autem ille definit; *ex eo crimine quod publici judicii non fuit, damnatum infamia non sequitur, nisi id crimen ex ea actione fuit*, id est ex ea caussa agendi, *quæ etiam in privato judicio*, id est in civili et pecuniario, *infamiam condemnato importat, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum.* Est autem hæc sententia: ex eo crimine quod publici judicii non est, damnatum ita domum infamem fieri, si de eo crimine duæ sint actiones, civilis, et criminalis; civilis autem ejusmodi, quæ infamiam irroget damnato. Videndum igitur, quæ hujusmodi crimina et judicia sint, ut certo statui possit hæc famosa esse, cætera non esse. Et ne in quærendis his judiciis anxie laboretur, ea sex esse comperio: furti, jnjuriarum, expilatæ hereditatis, sepulchri violati, suspecti tutoris accusationem, et stellionatum interdum. Furti itemque injuriarum criminaliter agi posse constat *L. ult. D. de fur. L. ult. D. de injur.* Sed et maxime expilatæ hereditatis nomine, cum in toto Titulo *Expilatæ hereditatis, D.* nihil nisi crimen expilatæ hereditatis et accusatio nominetur. Et violati sepulcri suum crimen est, in quod etiam legibus Romanis severe vindicatur. *L. sepulchri, 8. L. ultim. D. de sep. vio.* Quanvis hæc crimina publici judicii non sint, dicemus tamen ex his damnatos inter infames haberi: ejusque rei nobis judicium hoc erit ex regula superiore, quod etiam de his privatæ sunt et pecuniariæ actiones, quæ in privato judicio infamiam irrogant damnato. De furti et injuriarum actione constat: de quibus etiam diserte cautum est edicto de infamibus. *L. 1. D. de his qui not. infa.* De eo qui expilavit hereditatem, hunc damnatum eo nomine infamiam subire generaliter et sine distinctione actionis scriptum est in *L. si te, C. ex quib. cau. infa. irro.* Et de sepulchro violato privata et pecuniaria actio constituta est edicto prætoris. *L. 3. D. de sep. vio.* atque hanc irrogare infamiam scriptum est in *L. 1. D. eod.* Cum gravius judicium esse oporteat de crimine, quam cum agitur de pecunia: absurdum sit dici ex his caussis quemquam privata actione damnatum infamia notari: damnatum autem ex iisdem caussis criminali judicio, infamem non esse. Suspecti tutoris postulatio cum sit accusatio, quin sit criminis accusatio, dubitari non debet. Ex hac accusatione remotum tutorem, si ob dolum remotus est, infamem esse placet. *§. suspectus autem remotus, Inst. de accusat.* An quod hic crimen publici judicii est? Nihil minus; cum nemo hic accusetur ex iis legibus, quæ dicuntur esse publicorum judiciorum. *L. 1. D. de pub. jud.* ut necesse sit hic privatum judicium esse, et ad regulam Macri pertinere, si vera est. Et certe pertinet. Nam quam ob caussam instituitur adversus tutorem suspecti accusatio, ex eadem caussa est et adversus eum privata actio tutelæ, quæ in privato judicio infamiam irrogat damnato tutori, ex edicto *L. 1. de his qui not. inf.* Accusatur suspectus

xi quacunque ratione eam evitare contigèrit, damnatos famæ labe aspergi rationis est. Sic infame delictum contra sacramentum militare (de quo Durant. Casell. 1. *Variar.* 8. Briss. *Lib.* 3. *Formul. initio et* 2. *Antiq.* 6. ac ex eo, non laudato auctore, Goth. *in L.* 2. *de veteran.*) clypeum ac arma abjicere, vexillum amittere, fugæ et formidinis caussa, ordinem deserere *L.* 2. *§. ult. de capt. et post. L. pen.* verbo *notatus de re mil. Cap. infames. Cap.* 6. *Q.* 1. Confer Platonem *Dial.* 12. *de LL.* Coteræ. *Lib.* 3. *de Jure mil. Cap.* 9. *et* 10. Olim et detrectatio militiæ, grave crimen habitum, nec famosum modo, Cic. *Philipp.* 7. Ignominia notandos censuerunt eos, qui militiam subterfugissent, sed et quod libertate privaret, Cic. *pro Cæcinna L.* 4. *§.* 10. *de re mil.* ubi ab eo recessum dicitur. Missio vero hæc non militibus tantum gregariis convenit, sed omnibus a milite caligato, usque ad centurionem præfectum cohortis, et ipsam militiæ ducem *L.* 2. *princ. hoc tit.* Ubi caligatus dicitur vilior, et inferioris ordinis, a caliga, calceamenti genere, de quo vid. Briss. 2. *Antiq.* 3. et quæ ex eo ad verbum, tacito auctore, excripsit Goth. *in L.* 9. *de custod. reor.* add. Joseph. Castalio *Decade* 2. *Obseq. in Criticos Cap.* 4. *et* 5. Marcell. Donat. *Dilucid. ad Sueton. in Augusti Cap.* 25. Ant. Fab. *ad d. L.* 2. *princ.* caligatos dici vult, ad differentiam tyronum, et eorum, qui lecti quidem, sed necdum in ordinem recepti, quia nondum admissi, non dici possunt dimissi. Sic autem admissi neque Romæ, neque in sacro comitatu, seu ubi Imperator est, agere possunt *L.* 2. *§.* 4. *hoc tit. L.* 13. *§.* 3. *de re mil.* indeque a tutelis urbicis illis excusatio *L.* 8 *§.* 9. *de excus. Cl.* Coteræ. *de Jure mil. Lib.* 3. *Cap.* 14. alias morandi eis ubi velint potestas *L.* 3. *Cod. de re mil.* præterquam locis, in quibus specialiter arguentur, id est ubi delictum, cujus gratia missi, admiserunt, etsi Cujac. *in d. L.* 3. pro *arguentur*, legat, *arcentur.* Sed ita dicendum esset, *a quibus*, non, *in quibus* etc.

tutor ob tutelam perfidiose aut negligenter gestam. *L.* 3. §. *ult. D. de susp. tut.* Et iisdem de caussis cum eo tutelæ agitur. Non agitur quidem tutelæ, nisi tutela finita. *L. nisi, D. de tut. et rat. dist.* Sed nec tutor suspectus postulatur, nisi cum tutela suspecti tutoris eo loco est, ut pro finita habeatur: certe non ob aliud agitur, nisi ut talis declaretur.

XXIV. De crimine stellionatus plusculum difficultatis est, cum quæritur, sitne famosum, an non sit. Nam de eo exstant duæ Ulpiani definitiones diversis locis traditæ, dissentientes inter se ut videntur, atque adeo contrariæ. In una scribit stellionatus crimen infamiam irrogare damnato: hæc exstat in *L. quid ergo*, §. *ult. D. de his qui not. infam.* In altera negat stellionatus crimen esse famosum, etsi coercitionem extraordinariam habet. Hæc in *L.* 2. *D. stellion.* Sed de his postea. Ante, quid de eo statuendum sit ex regula Macri, videamus. Ex qua etiam facilius quid de superioribus sententiis recte dici possit, intelligetur. Et regula Macri nos admonet dici debere crimen stellionatus interdum famosum non esse, interdum esse. Famosum non est, si stellionatus nomine agitur ex ea caussa, quæ in judicio privato de eadem re infamiam non irrogat damnato. Id autem accidit, si proponas stellionatum admissum esse in iis contractibus, quorum actiones privatæ non sunt famosæ: puta in pignore dando, aut in venditione: finge aut debitorem rem alienam vel alii obligatam scientem prudentem creditori suo pignori dedisse, aut venditorem ignoranti emptori vendidisse. Uterque eodem facto incidit in stellionatum. *L.* 1. in fin. *D. de pigno. actio*, *L.* 3. *D. stellion.* Sed si ex eo crimine conventus condemnatus erit, neuter erit infamis, dictante Macri regula: quia ex eodem facto privatæ sunt actiones, quibus isti tenentur eodem nomine: adversus debitorem quidem pigneraticia contraria, adversus venditorem autem ex empto. *d. L.* 1. *de pigner. actio. L. tenetur*, §. *ult. D. de action. empt. L. ea quæ*, *D. de contr. empt.* ac neutra earum famosa, ut supra effectum est. Contra crimen stellionatus ex eadem regula famosum erit, si quando ob id factum etiam erit privata actio, quæ damnato infamiam importet: quod et ipsum rursum interdum accidit. Atque id tum futurum est, cum privata actio quæ eo nomine competitura est, solum erit actio de dolo: quam edicto notari constat. Id autem sic eveniet retentis iisdem exemplis superioribus, si proponas debitorem istum, quem dixi, aut venditorem, adhibuisse impostorem aliquem tertium, qui fraudem dissimulans quasi qui de improviso interveniret, mentiendo affirmaret persuaderetque creditori debitorem istum esse hominem idoneum facultatibus; rem quam pignori dabat, scire se esse ejus, ut et alias possideret innumeras; aut eadem affirmaret venditori in caussa emptionis. Inest in hoc quoque facto impostoris stellionatus: estque is impostor ex genere eorum, quos dicit Ulpianus imposturam fecisse, vel collusionem in necem alterius. *d. L.* 3. vers. *item si quis. D. stellion.* Quid ergo si eo nomine accusatus condemnatus erit? Dicemus præter pœnam qua extra ordinem plectitur, etiam famosum esse: quia eodem nomine tenetur privata actione de dolo, ut est in *L. quod si cum*, 8. *D. de dolo*, hæc autem sine dubio etiam in judicio privato infamiam irrogat. Cur autem hic actio de dolo adversus impostorem potius, quam adversus superiores? Quia adversus eum nulla est alia actio. Non enim tenetur pigneratitia actione, qui pignus non dedit; non ex empto, qui non vendidit. Et hæc quidem definitioni Macri convenientia sunt, et si illam recipimus, vera.

XXV. Jam qui conveniant superiores definitiones Ulpiani, ac potius qui consentiant ipsæ inter se, consideremus. Et ambas superiori distinctioni adversari, atque adeo se ipsas mutuo oppugnare putaremus, si essent ambæ scriptæ generaliter. Quod si ita accipi possunt, ut non negent, quin stellionatus crimen aliquando famosum sit, aliquando non sit; veræ sunt ipsæ per se definitiones, et in his cum regula Macri, et superiore distinctione omnia congruunt. At tales sunt superiores definitiones Ulpiani. Ille in *L.* 2. *stell.* ita definit: stellionatus judicium famosum quidem non esse, sed coercitionem extraordinariam habere. Et hoc verum est, neque ideo generaliter de omni stellionatus judicio defini um. Sic enim accipiendum, ut stellionatus judicium ipsum per se et sua natura non sit famosum. Idque ita se habet. Nam si sua natura esset famosum, tale esset per omnia: quod non ita est. Sed accedentibus illis circumstantiis facti, quæ efficiant eodem nomine privatam actionem famosam, tunc et ipsum famosum esse incipit: non propter se, sed propter caussam: quæ si in privato judicio infamiam irrogat damnato, plusquam absurdum est, ut ante dixi, non idem efficere eam in judicio stellionatus criminali. Ita jam non impedit superior definitio, quominus dicamus stellionatus judicium aliquando esse famosum; etsi ex ea

fatendum est non semper id tale esse. Jam videamus, num hoc posterius mutet illa altera definitio Ulpiani, quæ crimen stellionatus famosum esse statuit. Reperiemus ne hanc quidem id mutare, quasi sine exceptione id crimen famosum esse constituat. Sic ille scribit in *L. quid ergo*, §. *ultim. de his qui* not. inf. *crimen stellionatus infamiam irrogat damnato, quanvis publicum non est judicium.* Bene Duarenus negat hanc definitionem esse generalem *Lib.* 1. *Disput. c.* 42. Qualis ergo est? apparet accommodatam esse ad eam speciem dumtaxat, in qua dicatur judicium stellionatus jure famosum esse debere, sed a quibusdam ideo negetur, quod dicant id publicum judicium non esse. Occurrit Ulpianus, et non recte colligi ait, quia publicum judicium non sit crimen stellionatus, ideo infamiam non irrogare. Immo irrogat infamiam damnato, quanvis judicium publicum non sit, ut accidit in innumeris aliis actionibus non tantum criminalibus, sed etiam civilibus et pecuniariis. Quod qui dicit, non significat ubique esse famosum: sed si quando tale videatur, ut jure famosum esse debeat, non obstare, quominus id recte dicatur, quod judicium publicum non est. Hoc vere Duarenus, etsi neque explicat pluribus, et probatio hujus sententiæ illi laborat. Citat enim hunc locum Pauli ex *L. si unus*, in pr. *D. de pact.* unum ex argentariis sociis non posse paciscendo alteri nocere, nam nec novare alium posse, quanvis ei recte solvatur. Quæ sane oratio ad id probandum de quo quæritur, minime congruit. Nam et negativa est, et quod interpretationem superiorem oppugnat, est generalis: verum est enim sine exceptione unum ex sociis argentariis novare nunquam posse invito altero, quanvis ei recte solvatur. Sed accommodatissimum superioris sententiæ exemplum est, in *L. qui manus*, *D. qui testa. fac. pos.* Nam et illic affirmativa oratio est, temperata eadem adversativa *quanvis*; et re ejusmodi est, quam omnes intelligere possunt generaliter accipi non debere. Est autem definitio Pauli hæc, *Qui manus amisit, testamentum facere potest, quanvis scribere non possit.* Hanc vero orationem non esse generalem perspicuum est, quasi diceretur, omnem qui manus amisit, testamentum facere posse. Quid enim, si pupillus manus amiserit? quid, si amiserit prodigus? quid, si furiosus? quos omnes constat testamentum facere non posse etiam si manus habeant, nedum si amiserint: impediantur enim alia re longe graviore, ne possint, quam omissa scribendi facultate. Qualis ergo est illa definitio superior? Accommodata est non ad omnem qui manus amisit; sed ad eum in quo cum cætera ad jus testandi concurrant, solum hoc desit, quod scribere non potest, et dubitatur, an propterea testamentum facere non possit. Ad quam dubitationem in ea specie removendam Paulus ita definit, eum qui manus amisit, si cæteris rebus capax sit testandi, non eo minus testari posse, quia manus amisit, quanvis scribere non possit. Sciamus igitur et posteriorem illam Ulpiani eadem figura verborum per omnia conceptam, eamdem vim et significationem habere. Quod si verum est, habet illa eam sententiam, qua fateri quidem cogamur stellionatus crimen famosum esse; verumtamen non ita, ut necesse sit intelligi id semper esse famosum, sed sufficiat id aliquando tale esse accipi. Quocirca si qua est distinctio juris certi, qua fiat, ut crimen stellionatus interdum famosum sit, interdum non sit; sic est utraque definitio Ulpiani de hoc crimine et prior et posterior, ut cum generalis non sit, utraque eam distinctionem nobis liberam relinquat, utraque etiam ei subservire debeat. Distinctionem autem istam esse, et eam juris certi ante ostendimus. Quare et ad hanc ipsam definitiones illas accommodare debemus (17). Idque eo magis faciendum est, quod nisi id fit, contrariæ erunt ipsæ

(17) Ita et conciliant loci. Accurs. *in d. L.* 13. §. *ult.* Baro *ibid.* Cujac. 12. *Obser.* 26. Rob. 4. *Sent.* 17. Henric. Salmuht. *ad Pancirol. Memorab. Lib.* 1. *Cap.* 14 *pag.* 64. Menoch. *Arb. Cas.* 381. Et recte. Quod nove confirmo ex *L.* 2. *Cod. de crim. Stell.* ubi Pater, a filio, stellionatus crimine petitur, in specie tamen ea, qua actio civilis non infamaret. Necesse igitur, famosum hoc judicium non esse. Ac facit *L.* 3. §. *pen. hoc tit.* verbis: *pœna nulla legitima.* Etsi sciam multis contra niti Ant. Fab. 4. *Conject.* 2. cujus rationes hæ: 1.° quia Ulpianus utrobique indistincte loquitur 2.° interdum nulla civilis actio concurrit, ut *L.* 3. §. 1. vers. *item si quis imposturam D. Stellion.* 3.° Etiamsi non concurrat actio civilis famosa, semper tamen dolum adnexum habet 4.° quod in privatis est de dolo actio, id in criminibus stellionatus persecutio *L.* 3 §. 1. *Stellion.* De dolo autem actio semper famosa. Ergo, nec obsistere ait *d. L.* 7. *de public. judic.* Quippe ibi tradi regulam generalem. Exinde excipi Stellionatum *d. L.* 13. 4. *ult* Ratio exceptionis, quia ad exemplum actionis de dolo inducta. Denique infert in *d. L.* 2. superesse negationem, eaque refecta dubium penitissime tolli censet. Sed et Freher. *de Infam. Cap.* 10. *n.* 5. semper infamare sentit, quia talem ha-

inter se ejnsdem anctoris definitiones: vitium non aliunde quam ab imperitia juris profectnm. Quod vitium in Ulpiano jurisconsulto alioqui peritissimo juris, et in primis considerato scriptore nullo modo admittere debemus.

XXVI. Non retuli in hunc numerum erimen vi bonorum raptorum; non quod de vi bonorum raptorum eriminali judicio damnatus non sit infamis, quem etiam privato judicio damnatum infamem esse constat ex edicto *L. 1. de his qui not. inf.* sed quia de vi eriminaliter damnatus damnatur judicio publico. Est enim lex Julia de vi una ex legibus publicorum judiciorum. *L. 1. D. de pub. jud.* Ideò exemplum quatenus aperte de vi agitur, ad hoc genus tertium postremum non pertinet, in quo de judiciis eriminalibus non publicis agimus. Plane sic judicium de vi bonorum raptorum ad hoc genus pertinere potest, si quis adversus raptorem non tanquam raptorem agat, sed tanquam furem; furtum accuset, non vim: quod potest: nam et raptor fur est improbior. Qua ratione defendi potest exemplum judicii vi bonorum raptorum, quo Macer utitur in superiore genere postremo explicando in *d. L. infamem, D. de publ. judic.*

XXVII. Hactenus caussæ secundi generis infamiæ, idest, ejus, quæ sententia irrogatur: non ipso jure. Quæ caussæ eum ex judiciis, quæ de his constituta essent intelligerentur, ideo orationem ad judicia conferentes huc usque ea persecuti sumus, ostendimusque in singulis, quæ famosa essent, quæ non famosa. Sed quæcunque hæc judicia sunt, quæ famosa ob suas caussas esse diximus, hæc ita demum infamiam ob sententiam inferunt, si sententia secuta sit, qua quis his judiciis (18) damnatus sit, et

beat coercitionem, quæ et genere pœnæ infamet, opus metalli, relegationem, ordine motionem *L. 3. §. pen. d. t.* Unde ipseque vulgatam nova, lectionem mutans, pro *famosum*, substituit *publicum*. Denique Bocer. *in Disquisit. de concil. hujus antinomiæ* subjecta *tractatui de erim. læs. majest. pag.* 243. *et seq.* famosum in *d. L.* 2. interpretatur publicum, quia ibi famosum, et extraordinarium opponuntur ut species disparatæ. Publicum autem judicium species opposita tum privato, tum etiam extraordinario: *L. 3. de extr. crim. etc.* et quia famosum quoque dicitur, quod celebre, et elarum, et denique, quia alias vitiosa segregatio, cum omnis coercitio extraordinaria damnato infamiam irroget. Marc. Lycklama *Lib. 1. Membran. Ecloga* 10. §. 3. non pro *non solum* accipit in *d. L.* 2. ut significetur, non sufficere huic erimini expiando infamiam, sed præterea extraordinaria coercitione opus esse. Sed in hac expositione non perstat eod. *Lib. Eclog.* 21. Aliter Martin et Bulgar. *in d. L.* 13. *§. ult.* non esse famosum ex se, et sui natura ipso jure *d. L.* 2. sed infamare per sententiam *d. L.* 2. Quæ conciliatio etsi certissima videatur Bocero *d. Disquisit. p.* 240. *et seq.* rem tamen non expedit, eum nec ex ullo erimine alio, etiam publico, infamia ipso jure irrogetur, extra caussas *Cap. præcedentis.* Probabilius aliquanto Gilb. *Reg. 1. Enant.* 3. cum extraordinaria pœna ingeratur; infamare ita demum, si judex hoc ipsum sententia comprehenderit, seu nominatim infamiam adjecerit, et fere Pac. 2. Q. 27. Quod reprobat Bocer. *d. loc. p.* 238. quia infamia, ex arbitrio judicis non pendet. Pejus vero Lnriot. *de jur. Arte Tr.* 7. *de Existim. Axiom.* 5. non esse famosum ex ipsa apprehensione, ut delicta publica (falsum hoc) sed ex damnatione. Sed, ut ante dixi, a distinctione Donelli nostri aliorumque, quam crebrius probatam fatetur Bocer. *d. loc. p.* 231. non recedo. Nam rationi 1.° Fabri satis hic a Donello occurritur. Ad 2.° resp. negando consequentiam: nam etsi quis id largiatur, non ideo eo casu famosum esse obtinuerit, eum ad id *d. L. 7. de publ. jud.* concursum eum actione civili famosa exigat. Ad 3.° resp. Non semper dolum infamia coerceri, neque in civilibus, neque in criminalibus. Ad 4.° resp. *d. L.* 3. §. 1. ut præcedentia arguunt, hoc tantum vult, quod stellionatus persequutio, æque subsidiarium sit remedium, ut actio de dolo. Non ideo vero hæc in omnibus comparantur. Nam certe actio de dolo ordinaria est; stellionatus extraordinaria, Cujac. 10. *Obs.* 26. Ad objecta Freheri resp. relegationem, et ordine motionem, infamiam non infligere, etsi ita quoque velit Bocer. *d. loc. pag.* 233. contra *L.* 22. *D. L.* 16. *C. hoc tit. et sim.* Deinde sæpe etiam leviori pœnæ locum esse. *Famosum* vero, exponere *publicum* incongruum, cum hæc utique non æquipolleant. Sed nec acceptio famosi pro celebri et noto, et si insolens non sit, vid. *supra Cap.* 6. *N.* 3. hic conveniet, ut ostendit Rob. 4. *Sent.* 17. Minus daudum Bocero *d. loc. pag.* 235. contendenti omni extraordinario crimine damnatum, infamiam sustinere: Nam nec LL. ab eo adductis hoc probatur, ac regula *d. L.* 7. directo adversatur. Sed de hoc satis.

(18) *L. 4. §. 4. L. 19. D. hoc tit. L. 7. de publ. judic.* ibi: *infamem non entia facit.* Nec delatio sufficit aut accusatio, etsi interim ab honoribus repellat *L. 7. princ. de muner.* Pœna enim non nisi nocens afficitur, qui an sit, ex sententia constat, Freher. *Cap.* 5. *n.* 11. Nec carcer aut vincula notant *L. 1. C. hoc tit. L. 1. Gregor. de postul.* Proprius enim eorum usus custodiæ, non pœna, Cujac. *ad L.* 216. *de V. S.* A. Gentil 2. *Lect.* 10. Delrio *ad l. transigere n.* 45. *et seq.* P. Gregor. 31. *Synt.* 33. Quamquam olim servorum existimationi

damnatus suo nomine, quæ omnium judiciorum hujus generis conditiones sunt. Itaque hoc genus secundum, quo aliquem sententia notari dicimus, tres has conditiones desiderat ad infamiam. Si caussa præcesserit, quæ notetur jure, si quis ex ea caussa judicatus damnatusve sit; Si damnatus suo nomine. De caussis supra dictum est. Eæ enim, ut dixi, ex judiciis earum caussarum nomine proditis intelliguntur: ac de his judiciis diximus. Tantum de his hoc loco monendi sumus, sic eas ad infamiam esse necessarias, eoque et in omni quæstione hujus generis de infamia sic semper primum quærendam esse caussam damnationis, ut quæcunque sit damnatio ex aliis caussis, pœnam etiam gravi addita, puta etiam ictibus fustium: tamen damnatus (19) eique pœnæ subjectus non sit infamis: quia desit infamiæ caussa quæ legibus notata sit *L. ictus D. de his qui not. inf.* Quid valeat ea conditio, si quis damnatus sit suo nomine, etiam supra diximus. Restat igitur ex tribus supra scriptis sola hæc, quam hic lex-

obessent, ita ut manumissi fieri non possent cives, aut Latini, sed dedititii. Nisi iis catenas non solverent, sed securi inciderent, vel ahrum erent. Quod Josepho a Vespasiano contig.t: vid. Cujac. 15. *Obs.* 7. Nec tortura *L.* 14. *C. h. tit.* quæ immo tolerata purgat indicia, aç innocentiæ testimonium perhibet, Freher. *d. Cap.* 5. *n.* 14. Quanquam eidem *n.* 16. verba *ob crimen quæstione habita* suspecta sint, tum quod, in *C. Gregor. L.* 2. *de postul.* absint, tum quod aliis rescripti verbis vix conveniant. Quomodo enim sententia potuit præcedere quæstionem per tormenta. Quo facere videtur, quod de liberis hominibus quæstiones haberi leges Romanæ vetuerunt, Salust. *in Catil.* Unde Cic. *in Partit.* acerbissimum dicit, quod apud Athenienses, et Rhodios etiam liberi torquerentur, Alb. Gentil. *ad L.* 7. *C. de malef. et mathem.* Paul. Manut. *Lib. de LL. Rom. pag.* 128. Unde et *tit. D. et C.* passim, de servorum tormentis agitur. Sed nihil resecandum. Nam fragmenta tenuia *Cod. Gregor.* longe corruptiora, et minus integra. Nec pugnant verba, si sententia non præcessit, quæ ita accipi possunt, ut rationem responsi reddant, *si* posita pro, *quia* ut alibi, vid *supra Lib.* 15. *Cap.* 12. *N.* 2. Possunt et ita ut conditionem habeant, si sententia non præcessit, scilicet tempus, quo Imp. Gordianus consultus. Fustes vero ad eruendam veritatem adhibitos, probat ipse Freher. ex *Actor. Cap.* 22. *v.* 24. Denique jure illo veteri, quo liberi a quæstionibus immunes, eo tempore non vivebatur. Sed specialiter excepta corpora honoratiorum *L.* 11. *L.* 16. *et seq. C. de qq. L.* 7. *C. de malef.* Nec sententia inter alios lata, alios notat ut si contra testis depositionem judicatum fuerit, non ideo hic infamis *L.* 21. *D. hoc tit.* Neque enim necesse est, testem falsum dixisse, et periurium: Quid enim si judex ideo non attendit, quod singularis esset, aut ex caussa aliqua suspectus, Ant. Fab. *ad d. L.* 21. Freher. *Cap.* 5. *n.* 18. Damnatio autem infamat etsi per modum inquisitionis processum. Freher. post alios *d. Cap.* 5. *n.* 22. ac etsi executio non facta, sed pœna remissa *L. ult. C. de gener. abol. L.* 7. *C. de sent. pass.* Freher. *d. C.* 5. *n.* 27. Eademque vis confessionis, etsi sententia non secuta, ut post *gl. in L.* 22. *hoc tit.* Freher. *d. Cap.* 5. *n.* 23. etsi de hoc jure quis ambigat: item adnotationis inter reos absentis contumacis *text. L. ult. C. de requir. reis.* Nam et in hunc pœna, existimationem contingens statui potest *L.* 1. *princ. de pœn.* In civilibus vero requiritur, ut caussa cognita damnatus sit. Non si sententia, contra contumacem dicta, quia magis propter contumaciam, quam caussæ merita prolata censetur *L.* 55. *princ. de evict.* ita *post. Gl. notab. in L.* 1. *C. de mo. mult.* et Bart. *in L.* 22. *D. hoc tit.* Freher. *d. Cap.* 8. *n.* 17.

(19) *L.* 14. *C. h. t. L.* 12. *de decur.* junct. *L.* 2. *C. de dign. L. pen.* §. 2. *de extr. cogn.* ubi separatur fustibus cæsus ab infamibus. Nec igitur convenit ea verba *d.* §. 2. ita accipere, si ex caussa famosa eam pœnam sustinuerit ac si *d.* §. totus de juris infamia loqueretur, ut Freher. *Cap.* 4. Caussæ autem non famosæ fustibus coercitæ in *L.* 7. *in fin. de I. patron. L.* 2. *in fin. de term. moto L.* 28. §. 3. *de pœn L.* 3. *ult. et L. seq. de off. præf. vig. L.* 9. *incen. rui. naufr. L.* 12. *de decur.* Freher. *Cap.* 4. *n.* 11. ubi fustium pœnam non atrocem habitam, scribit, cum vocetur admonitio *L.* 7. *de pœn.* et caussa famosa non accedente nec infamiam facti sequi, per *d. L.* 14. verbo *nullam.* Sicuti hodieque Turcæ teste Busbeq. leviora delicta fustibus coercent; ac mira patientia in foris, in soleis sæpe ultra centum plagas excipiunt etc. Tametsi et quædam fustuarii pœnæ mortem intulerint vid. Delrio *ad L. transigere n.* 42. *et seq.* Flagellis autem liberi cædi non poterant, sed servi, vid. *supra. Lib.* 2. *Cap.* 9. *N.* 19. cum *Portia lex* virgas, ab omnium civium Romanorum corpore amoverit, ut Cic. *pro C. Rubirio.* Sic nec excommunicatio infamat, nisi ex caussa famosa, vel contumacia in ea commissa, post alios Freher. *Cap.* 4. *n.* 9. Sicuti et bannitus pro debito civili, integræ famæ, et status est. Ex caussa autem famosa, crimine publico, vel contumacia, in eodem vere infamis fit, et infamia juris, quia civitatem perdit, et omne beneficium inductum jure statutario illius civitatis, a qua bannitus, Freher. *d. Cap.* 4. *n.* 20. Jure Saxonum *ist der jenige so in die Konigliche Acht mit Recht bracht wird, im ersten Jahr anruhtig, im andern Ehross.* *Weichb. Art.* 5. et ibi *Gl. deff. Jur. civ. et Sax.* 44. *n.* 5. *P.* 2.

plicemus pertinentem ad omnes caussas omniaque judicia superiora, ut quoniam ex hoc genere ita judicium infamat, si quis damnatus sit, quæramus quid hoc verbo contineatur.

XXVIII. Et damnatum ex his judiciis accipere debemus, qui judicis sententia definitiva damnatus est cum effectu. Hoc intelligi volo, hic nos damnationem dicere justam, et quæ vim suam teneat. In ea damnatione tria spectanda, quorum si quid desit, non intelligatur quis damnatus esse, qualem nunc quærimus, eoque nec sit infamis. Ea autem sunt, persona damnantis, genus sententiæ; vis atque auctoritas rei judicatæ. In persona damnantis, judicem esse oportet eum, qui damnat, non arbitrum: idest eum judicem, qui judicandi munere publico in eo fungatur, non privato. Ex (20) compromisso arbiter si in controversia furti, injuriarum, mandati, aut similium caussarum alioqui famosarum reum condemnarit, sententia damnatum infamem non faciet. Non est enim justa et plena sententia arbitri; certe auctoritatem judicati non habet, ut dicetur suo loco: hoc in *L. quid ergo*, *§. ex compromisso*, *D. de his qui not. infam.*

XXIX. Genere sententiæ definitivam esse oportet, sic enim vulgo ea dicitur, quæ litem finit. Quod si judex pendente judicio aliquid sit interlocutus, quo increparet reum aut oblique notaret moneretve tanquam affinem ei delicto, de quo agitur: hæc (21) interlocutio gravare reum potest, ejusque verecundiam onerare; infamiam certe non irrogat. *L. quid ergo. §. ex compromisso, L. ob hæc verba, D. de his qui not. infam. L. verbum, L. interlocutio, C. ex quib. cau. infam. irr.*

XXX. Non est satis ad damnationem ne sententia quidem judicis definitiva. Eam quærimus, quæ effectum habeat: ut semper verba in legibus cum effectu accipienda sunt. *L. 1. in fin. D. quod quis. jur. L. penult. §. 1. D. ne quis eum qui in jus vocat. est, vi exim.* Et damnatum intelligimus, qui cum effectum ita damnatus sit ut sententia obtineat vim atque auctoritatem rei judicatæ. Quod ita sit, si sententia nullo remedio juris attentata sit. Remedia ad infirmandam sententiam jure prodita duo; appellatio, et in minoribus in integrum restitutio. Appellatio jure ordinario omnibus concessa. *L. 1. D. de appell.* Interposita (22) appellatio pronuntiatum prius exstin-

(20) Ex compromisso enim, tanquam privata conventione, existimatio alicujus minui nequit. Quia quicquid per contractum fieri nequit, id nec per potestatem arbitri, quæ omnis est ex contractu, Freher. *Cap.* 8. *n.* 9. *et* 10. Neque arbitro ulla jurisdictio vera, cujus sententiæ stari oportet, magis metu pœnæ, quam illius auctoritate, Ant. Fab. *ad d.* §. 5. Quin nec de actione famosa ea, quæ ex delicto datur, ad arbitrium iri potest. *L.* 32. §. 6. *de rec. arb.*

(21) Sed Ant. Fab. 6. *Conject.* 6. contendit in *d. L.* 20. non interlocutionis exemplum esse, sed sententiæ definitivæ, prævia caussæ cognitione. Idemque sano ac bene valenti loco, audacem potius, quam artificem manum adhibendo, voce *mandatoris*, sede dimota, reponit *damnatoris*, ut verba *qui exhortatur* referantur ad præsidem, non ad eum in quem prolata sententia, cum instigatorem, immo infamem fieri probet *L.* 1. §. 13. *ad SC.* Turpil. Sententia igitur *d. l.* 20. juxta Fabrum hæc: His sententiæ verbis, *callido commento etc.* non tam id egit præses, ut de calumnia condemnaret, quam ut exhortaretur, ut ad melioris vitæ frugem se reformet *L.* 19. *C. hoc tit.* Infamia igitur non est irrogata, quia condemnatio non secuta, quæ, ut infamis calumniator sit, requiritur *L.* 4. §. 4. *L.* 19. *hoc tit.* Ita Faber. Quæ se mutuis ictibus confodiunt. Putat hanc sententiam esse definitivam et tamen nec condemnationem, nec absolutionem continere. Ad boni judicis, inquit, officium pertinet, non tantum, ut absolvat, aut condemnet, sed etiam ut interdum exhortetur, maxime si probationes minus plenas habeat. Unde hæc licentia novum, et tertium genus sententiæ, contra *L.* 3. *C. de sentent. et interloc.* commiscendi, auctoribus juris nec per somnium cognitum nec fando unquam perceptum. Nec minus hallucinatur Faber (nisi quod hic error minus gravis priori, non ita in principia, sed historiam juris impingens) dum interesse putat. Præses sic dixerit *instigator fuisti* an ita: *videris instigator fuisse* cum imo solemnis pronunciandi formula ita concepta fuerit, *videri reum fecisse*, de quo notabo *infra lib.* 26. *Cap.* 1. Nec obstat *d. L.* 1. §. 13. Nam qui instigat, vere incidit in Turpilianum, itaque infamis fit, sed si eo nomine damnatus. Hic autem interlocutio significatur, ut Donellus noster, quomodo malo, quam cum Frehero *C.* 6. *n.* 11. de simplici suasore exaudire *d. L.* 20. qui ex consilio non obligetur *L.* 47. *de R. I.* Nam *d. L.* 47. dicit consilii, non fraudulenti. Ast in *d. L.* 20. dicitur instigator callido commento. Aliter, et scite Lyckiama 4. *Membran.* 18.

(22) Quia hæc vis appellationis, ut extinguat judicatum *L.* 1. §. *ult. ad Sc. Turpil.* reducatque negocium ad terminos litis contestatæ, A. Fab. *ad d.* §. 1. Quin nec intra decennium, appellationi præstitutum infamis est, quia id tempus datum, ad remorandum vim sententiæ, ut Baro *ad d. L.* 6. etsi dissentire videatur Freher. *Cap.* 8. *n.* 19. Quare pulchra hic cautio, ut famoso judicio

guit, idest, facit, ut qui damnatus est, nec videatur damnatus. *L.* 1. in fin. *D. ad Turp.* In integrum (23) restitutio idem efficit beneficio prætoris; quod minoribus concessum est etiam adversus res judicatas, si se dicant non ita defensos, ut oportebat: *L.* 1. §. *de qua* 10. *D. de postul.* exstat generale edictum in *L.* 1. *D. de minor.* Esse autem hoc remedium appellationi simile ad sententiam infirmandam declaratur in *L. si caussa. C. de trans.* Hoc igitur dicimus, si quis furti vel aliis famosis actionibus condemnatus appellavit, eum pendente judicio appellationis inter infames non haberi; finito autem eo multo minus, si eo judicio sit absolutus, seu appellatio justa pronuntiata. *L. furti*, in princ. *D. de his qui not. infam.*

XXXI. Quod si injusta appellatio visa est, atque ita prior sententia confirmata; nulla quidem hic dubitatio est, quin sit infamis, qui prius damnatus fuerat: sed dubitatur, unde infamiam inchoemus: utrum ex tempore posterioris sententiæ, quæ forte secuta est post decem annos: an ex tempore sententiæ prioris, quæ justa visa est. Dixerit aliquis ex tempore prioris sententiæ: quia confirmata cœperit esse in ea caussa, ut valuerit. Negat Ulpianus in *d. L. furti* in pr. et ait *si injusta appellatio* damnati *visa sit*, se putare eum *hodie notari, non retro.* Et recte. Non enim sunt hic duæ sententiæ, quæ per se valeant, et infamiam irrogent, sed una. At (24) posteriorem constat esse sententiam, et firmam. Solam hanc igitur accipere debemus, quæ infamiam irroget damnato, non priorem. Sane valet et prior, quæ confirmata est: sed ita, ut pars posterioris esse intelligatur, quoniam et ea includitur. De in integrum restitutione idem dicemus, sive in integrum restitutio admissa sit, sive repudiata a magistratu. *L.* 1. §. *deinde, D. de postul.* Quid si superioribus judiciis damnatus cum appellasset, postulassetve in integrum restitutionem, ultro cesserit appellationi, vel in integrum postulationi, aut etiam omnia tempora appellationis vel in integrum restitutionis lapsa sint? An eodem modo dicemus eum infamem fieri, ex quo tempore hæc postremum contigerunt, an potius ex quo prior sententia lata est? Ait Ulpianus ex his caussis damnatum (25) retro infamem fieri, id est, non nunc primum ex quo ista evenerunt, sed ex quo prius damnatus est. *d. L. furti*, in pr. Optima ratione: quia his rebus a reo omissis, vel amissis culpa, nihil inciderit, quod priorem sententiam infirmaret. Hæc ergo damnationis justæ propria sunt. Quæ quemadmodum si desunt, non irrogatur infamia: ita si hæc, itemque superiora concurrent tum in caussis, tum in damnatione, efficitur summa hujus generis secundi propria,

damnatus semper appellet, et appellatione oblata, deinde per alium curet transigi cum adversario, ut is judicii instrumenta sinat perpetuo cum tineis rixari. Ita enim in Calend. Græcas differet infamiam, verba sunt Baronis *in d. L.* 6.

(23) Quia et hæc suspendit judicatum. Et loquitur *d.* §. 10. vers. *an autem* de restitutione contra sententiam, cujus hæc vis est, ut denuo caussa cognoscatur, et vi posterioris sententiæ absolutoriæ fama servatur. Quare temere est quod Faber *d.* §. 10. totum Triboniano adscribit 1.° quia exceptio in vers. *nisi sicubi*, inepta sit, nec regulæ, quæ de restitutione contra pœnam, non contra sententiam, conveniat. Resp. Imo vero *nisi* ibi vere restringit aut saltem declarat, nam et hæc illius vis. Nam etsi restitutio hæc prætoria, non directo tollat pœnam, secuta tamen absolutione infamiæ, periculo eximit. 2.° quia vocula *speciebus* pro *caussis* familiaris Triboniano. Resp. Ast unde hoc probat. Nonne idem Ulp. in *L.* 18. §. 1. *de minor.* speciem finitam dixit pro caussa; et quis omnia exempla conquirat, quibus species pro facto sumitur? 3.° quia verba *sub titulo* non conveniunt Ulpiano, qui Commentarios suos in libros digessit, non in titulos. Resp. Ast ad edictum perpetuum respexit, quod etsi Faber id inficietur) in titulos distributum fuisse probat, non tantum §. *seq.* cujus verba *sub titulo etc.* pari, ast intoleranda, audacia, Faber Triboniano adsignat, sed et *d. L.* 1. *princ. de postul. L.* 1. *pr. de reb. cred.* et *simil.* Nec obstat, quod Jurisconsultis passim capitum edicti mentio. Nam Partitio titulorum generalior fuit, specialior capitum cujusque tituli, 4.° quia imperita argumentatio in vers. *pro qua sententia* cum Pomponius loquatur de restitutione ad redintegrandam caussam. Tribonianus vero velit restituere prætorem adversus solam pœnam. Resp. Ast hic sibi obloquitur Faber, qui paulo ante ipse vers. *nisi sicubi*, de restitutione adversus cognitionem exposuit etc.

(24) Hinc pragmatici condemnationem capere vires a confirmante, non confirmato, quia appellationis sententia, ab alio judice fertur ac plerumque ex novis actis, Anton. Fab. *ad d. L.* 6. §. 1. ubi tamen aliud statuit, si constet frustrandi caussa provocatum esse, argum. *L.* 41. *de Usur.*

(25) Putat tamen Freher. *Cap.* 8. *n.* 21. si hic interea testimonium pro alio dixerit, illud ceu infamis rejici non posse, cum tempore illo fuerit idoneus, licet postea inhabilis factus, nec factum testis non prosequentis appellationem nocere debeat ei, a quo productus est. Cum quo non facio, argum. *L.* 3. §. 6. *L.* 20. *D. de testib.*

ut qui ex supra scriptis caussis damnatus est suo nomine, sit infamis.

XXXII. Nondum tamen genus hoc expletum. Jus namque superius ut plurimum ita se habet; non est perpetuum. Hoc ita est, nisi judex sententia sua infamiam remiserit. Quod judex facere potest duobus modis; aut graviorem pœnam legitima irrogando, aut leviorem et mitiorem.

XXXIII. Gravior pœna ultra legem imposita, quanvis ex supra scriptis judiciis alioqui famosis, nihilominus existimationem conservat, quasi sententia transactum sit de existimatione. Sententia constanter recepta a veteribus, et tradita compluribus; ut *L. quid ergo*, *§. pœna*, *de his qui not. infa. L. ordine*, *D. ad municip. L. ad tempus*. *D. de decur. L. in servorum*, *§. ult. D. de pœn. L. 4. C. ex quib. caus. inf. irrog.* Quamquam in hac lege postrema ita superior sententia est, si mendum lectionis tollatur: de quo tamen paulo post in mitiori sententia opportunius dicetur. Sed incidit hæc sententia in varias reprehensiones.

XXXIV. Tria sunt autem in ea, quæ reprehendantur. Primum quod dicimus graviorem pœnam ultra legem imponi posse, ut nihilominus valeat, et remittat infamiam. Repugnant eæ constitutiones, quibus demonstratur sententiam contra leges aut constitutiones latam nullius esse momenti, ut nec necesse sit appellare. *L. 2. C. quand. provoc. non est nec. L. 1. §. item cum*, *D. quæ senten. sine appell. resc.* Sed hæ constitutiones tunc locum habent, cum sententia nominatim et specialiter contra leges lata est, ut suis locis declaratur, et *L. si expressim*, *D. de appellation.* Quod non fit pœna graviore ultra legem imposita. Quid enim, si reo irrogetur pœna gravior non nominatim appellato crimine, propter quod irrogatur? Poterit quidem et tum injusta esse sententia, qui contra jus rei: ut proinde et jure ab ea appellari possit. Sed si appellatum non sit, sententiæ standum est. *L. cum prolatis*, *D. de re judic.* Sed etsi expresso crimine propter quod quis damnetur, gravior pœna imponatur, non ideo tamen videatur sententia lata nominatim adversus constitutiones: quia multæ circumstantiæ incidere possunt, (26) quæ crimen augeant, et duriorem pœnam exigant. *L. aut facta*, *D. de pœn.* Quæ ut forte in eam caussam non inciderint, et reo videri possit facta esse injuria: tamen satis est natura potuisse incidere, ne videatur sententia nominatim lata contra leges. Valet igitur sine dubio ea sententia, quæ graviorem pœnam infligit legitima, si ab ea appellatum non erit: ut recte et de vi ejus ad remittendam infamiam quæratur.

XXXV. Sed hoc posito incidit secundum in majorem reprehensionem ex aliis sententiis minime dubiis. Dicimus damnatum, exempli gratia, furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, falsi, si graviore pœna affectus sit, ignominia liberari, quasi transacto negotio; idest, quasi infamia quæ ex his caussis jure infligebatur, per judicem ob pœnam graviorem illatam ei remissa. Nam de eo judice, qui de crimine et facto pronuntiaverit, ex quo et reum graviori pœnæ subjecerat, aperte loquitur Papinianus in *L. ordine*, *D. ad municip. L. ad tempus*, *D. de decur.* Huic ergo sententiæ opponitur jam ipsius Papiniani ratio, qua ille utitur in *d. L. ordine*: quæ et pro certa juris sententia a posterioribus accepta est, ut in *L. 1. §. 1. D. ad Turpil.* Prius dixerat, minoribus pœnis quam leges permittunt subjectos ex crimine alioqui famoso, nihilominus inter infames haberi. At quamobrem, cum potuerit propositum esse judici leviore sententia reum non onerare? Rationem reddit: *cum facti quidem quæstio*, inquit, *sit in potestate judicantium*, *juris autem auctoritas non sit.* Significans posse quidem judicem de crimine ita pronuntiare, ut judicet admissum esse aut non esse. At cum semel admissum pronuntiaverit, quod jure famosum est, succedere delicti pœnam infamiam. Hanc pœnam non esse in judicis potestate. Eam enim jure irrogari ex superioribus caussis damnato. Juris auctoritatem in potestate judicantis non esse, ut de ea prout velit, statuat: sic explicatur in *L. 1. §. 1. D. ad Turp.* Cur minus id dicere liceat, cum judex ex iisdem caussis jure famosis damnatum graviore pœna ultra legem affecit? Negat tamen Papinianus ibidem:

(26) Verum hoc, de quo Freher. *de Infam. Cap. 7.* sed hic non convenit. Ut enim transactum intelligatur, necesse est auctam pœnam esse, non ex sententia legis, ob delicti aliquam nativam, eive cohærentem qualitatem, sed ob extrinsecam, et adventitiam caussam, Scip. Gentil. 1. *de Jurisdict.* 35. Et, ut Freher. *Cap. 7. n. 9.* et 10. Oportet ut gravior sit pœna, non tantum ultra legem, sed etiam ultra merita delicti. Non enim si ob circumstantias aggravantes, nec si respectu personarum, ex. gr. militum, pœna exasperata, nec etiam si ad exemplum aliorum, ob frequentiam delicti (in quo diss. Gentil. *d. Cap.* 35.) sed ad hoc, et eo fine, ut infamia minuatur.

sic enim scribit: *durioribus etenim pœnis affectos, ignominia velut transacto negotio postea liberari, minoribus vero quam leges permittunt, subjectos nihilominus inter infames haberi.* Non diluit hanc objectionem vulgaris responsio Accursii et Bartoli ad *d. L. quid ergo*, §. *pœna*. Respondent enim, pœnam delicti non esse in potestate judicantis post latam ab eo sententiam, ut certe non est. *L. judex*, *D. de re jud. L.* 1. in fin. *D. de quæst.* At in ipsa sententia ut pœnam infligat judex, vel graviorem, vel mitiorem, id vero esse in ejus potestate, *arg. in L. aut facta* §. *ult. D. de pœ.* Atque de eo non quæritur, an possit judex pœnam graviorem aut leviorem infligere. Hoc quæritur, an pœna ista graviore remitti possit facti infamia, cum judex de facto prius pronuntiaverit. Illi dicunt posse, si eadem sententia pœnam istam irrogarit. At negat Papinianus remitti mitiore inflicta pœna, quanvis eadem sententia inflicta sit: idque tantum ideo, quia judex prius pronuntiaverit de facto, cujus infamiam in juris auctoritate positam minuere non dico post sententiam suam, sed nec eadem sententia potuerit. Ex quo apparet, nec ea pœna quæ eadem sententia imposita sit, remitti infamiam facti, si prius judex de facto pronuntiaverit: quia priore illa pronuntiatione præcedente non sit in potestate judicis pœna juris, quæ ei facto irrogetur, nempe infamia. Hoc si recte dicitur a Papiniano, cum judex leviorem pœnam imposuit: cur non recte dicatur etiam tunc, cum imposuit graviorem: cum semper verum sit pœnam facti de quo pronuntiatum est, non esse in potestate judicantis? Sed Papinianus aperte istas sententias distinguit: et quod magis mirum est, distinguit hac ratione. quod juris auctoritas non sit in potestate judicantis: cum potius hac ratione generali effici videatur, ut graviore vel leviore pœna inflicta dicamus, aut pariter infamiam remitti posse sententia judicis, aut pariter non posse. Sed recte Papinianus et generaliter hoc ita definit, et nihilominus hac ipsa generali definitione superiores sententias distinguit. Quod enim dicitur auctoritatem juris in potestate judicis non esse, hoc significat, auctoritatem juris non posse infringi sententia judicis; pœnam a lege alicui facto impositam sententia judicis tolli aut minui non posse. Hoc vero Papinianus intelligi vult ad eum judicem pertinere, qui leviori pœna imposita remittat infamiam: ad eum autem qui remittat graviore pœna, non pertinere. Et recte. Facit enim contra jus, seu contra auctoritatem juris, qui pœnam jure constitutam facto suo aut tollit in totum aut jure minuit. Lex enim certa pœna imposita voluit tanta pœna satisfieri Reipublicæ. Hanc auctoritatem juris violare judex non potest, cujus potius officium est, ut leges tueatur. *Inst. de offic. judic.* in princ. At is non facit contra juris auctoritatem, qui unam pœnam remittens, aliam graviorem, aut certe mitiorem substituit. Quinimmo hoc ipso maxime sententiam legis de pœna conservat. Quippe legi pœnam aliquam constituenti propositum est delinquentes emendare, et simul in horum persona statuere, quod cæteris exemplo sit ad malefcia deterrenda, *L. si pœna*, *D. de pœn. L. bona fides*, in princ. *D. depos.* At horum utrumque maxime servat judex, qui pro infamia aut graviorem pœnam imponit, aut imponit parem. Quare qui graviore pœna imposita infamiam remittit, is non remittendo pœnam, sed sine fraude legis commutando, nihil facit contra juris auctoritatem. Verum omnem hanc defensionem eripere videntur loci duo in contrariam sententiam, pene diserte scripti, *L. non poterat*, 63. *de fur.* et *L. Divus*, 40. *D. de injur.* quibus in summa ita traditur, non posse ne præsidem quidem efficere; ut furti aut injuriarum damnatum non sequatur infamia. Sed de his locis certe respondebimus, scriptos eos esse de eo judice, qui nihil nisi furti aut injuriarum reum damnavit. Sane qui nihil adjecit amplius ad damnationem; aut si quid adjecit, id leviorem pœnam continet, vere dixerimus hunc nullo errore suo, nulla sententiæ remissione efficere posse, quominus damnatus sit infamis. Ut puta, ita dixit: quia furtum fecisti, in duplum te aut quadruplum condemno: sic tamen, ut salva sit tibi existimatio. Hac adjectione non ideo liberabit eum infamia, quem prius furti condemnavit. Quod si aliam pœnam addidit judex, semper valebit hæc exceptio, pœnam graviorem existimationem conservare, quia hæc pœna in locum infamiæ substituta non minus satisfactum sit legi et Reipublicæ, quam si detracta alia pœna infamia mansisset.

XXXVI. Restat tertium, quod et ipsum videatur in superiore definitione reprehendi posse: quamquam est levius. Addunt enim veteres graviore pœna damnatum infamia liberari, velut transacto negotio, seu quia videatur eo modo cum damnato de existimatione transactum. Atqui, hæc ratio magis objectionem confirmat: certe magis infamiam inducit. Nam ex edicto in caussa furti, vi bonorum raptorum, injuriarum,

de dolo, et similium delictorum, non tantum fit infamis, qui earum rerum nomine damnatus est, sed et qui de his pactus est, *L.* 1. et *L. furti*, §. *pactusve*, *D. de pac.* At qui transigit, paciscitur, nulla est enim transactio sine conventione. *L.* 1. §. 1. *D. de pact.* Quare et qui in his transigit de infamia, magis notatur. Et hæc de vera transactione, et quæ proprie ita vocatur, recte dicuntur: constat enim hæc actoris et rei consensu, proinde et pactione. Sed in superiore regula non difficile est videre veteres uti transactionis verbo abusive. Nam hic ista transactio ut non constat duorum consensu, sed posita est in unius judicis arbitrio et voluntate; qui dum pro infamia aliam pœnam delicti graviorem legitima substituit, dicitur transigere, similitudine transactionis hinc ducta, quod quemadmodum in transactione duorum, sic in hac specie ab unius rei lite disceditur alterius rei satisfactione: puta a lite existimationis gravioris pœnæ satisfactione. Neque tamen ideo (27) hanc vere transactionem esse dixeris, quæ duorum consensum non habet. Certe transactio damnati dici non potest, ut quis dicat ei pactionem suam ad infamiam nocere; cum severior sententia non modo feratur eo non consentiente, sed etiam invito. Nihil proponitur igitur, cur non plane constituta sit superior sententia, graviore pœna affectum ex eo crimine quod alioqui infamiam irrogat damnato, tanquam transacto negotio infamia liberari. Plane sic sententia accipienda est, si pœna gravior sit corporalis, non si pecuniaria, et ejusmodi quæ privato actori adjudicetur. Ut puta, qui parte bonorum mulctari debebat, relegatus est; qui pœna pecuniaria, (28) fustibus cæsus est. Non erit famosus, quanvis damnatus ex crimine famoso. Sed si in caussa furti non manifesti in quadruplum judex condemnavit, auxit quidem pœnam, sed non ideo existimationem damnato conservavit. Hoc in *d. L. quid ergo*, §. *pœna gravior*, *de his qui not. infa.* Hoc ideo, quia pœna graviore ita transigitur de existimatione, si ea pœna, atque ea transactione satisfiat Reipublicæ; nec fiat contra legis sententiam, quæ in pœna omni ad vindictam criminis, non ad privatum damnum comparata solum, hoc spectat, ut statuatur adversus delinquentem exemplum, quo disciplinæ publicæ satisfiat *L. locatio*, §. *quod illicite*, *D. de pub. d. L. bona*, in pr. *dep.* Porro corporali pœna graviore satisfieri Reipublicæ potest: pœna pecuniaria, qualis est superior, (29) non potest: quippe illa exsolvitur Reipublicæ, cum ad vindictam solum pertineat: hæc autem præstatur privato.

XXXVII. Hæc de pœna graviore. De leviore pœna quam leges permittunt imposita, ecquid ea etiam quandoque remittat infamiam, videamus. Et non remittere Papiniani sententia est diserte scripta in *L. ordine*, *D. ad municip.* ubi hæc genera distinguit his verbis: *durioribus etenim pœnis affectos ignominia velut transacto negotio postea liberari* placuit, *minoribus vero quam leges permittunt subjectos*, *nihilominus inter infames haberi.* Nec sane aliud significat superior constitutio de pœna graviore, quæ definiens sententiam damnato existimationem conservare, ubique hanc conditionem addit, si pœna imposita sit gravior, quam quæ legibus statuta est, *d. L. quid ergo*, §. *pœna gravior*, *de his qui not. infa. L. in servorum*, §. *ultim. D. de pœn. L. ad tempus*, *D. de decur.* Rursum mitiore sententia remitti infamiam multa ostendunt. Nam si tutor, quem constabat dolo versatum esse in tutela, ob id remotus sit tanquam suspectus; sed ita: ut præses in sententia de dolo silens ideo removeret, quia non recte tutelam administraret; placet tutorem salva existimatione abire tutela. *L.* 4. *D. de susp. tutor.* Sed et in criminibus idem ostendit exemplum illustre, quod exstat in *L.* 3. in princ. *D. de decur.* Scribit enim Ulpianus;

(27) Freher. *Cap.* 7. *n.* 7. Nec vera, ait, transactio est, ideoque nec omnes effectus parit, nec voluntaria, nec super delicto, sed super fama rei, genere quodam transigitur. Et *ibid. n.* 11. Judice augente pœnam legis, lex minuit suam pœnam. Pœnæque gravitas cum famæ integritate compensatur, quia generaliter æquum est; ut qui gravatur in uno, relevetur in altero. Et Ant. Fab. *ad d. L.* 13. §. 7. Non judex transigit, sed ipsa severitas sententiæ *L.* 4. *C. h. t.* quæ alioqui non valeret in eo, quo legitimam pœnam egrederetur.

(28) *L.* 10. §. *ult. de pœn.* Excipiunt Scip. Gentil. 3. *de Jurisdict.* 35. et Freher. *d. Cap.* 7. *n.* 23. nisi post damnationem in pecuniam, corporalis ei imposita, quod judicatum per inopiam facere non posset.

(29) Et quia hoc casu versatur sententia circa patrimonium: Infamia vero personam concernit, et fama res pecunia inæstimabilis, Sich. *ad L.* 3. *et* 4. *C. h. t. n.* 7. Freher. *Cap.* 7. *n.* 17. Cui rationi cum et locus sit, etsi fisco pœna pecuniaria petatur, vix eo casu aliud statuendum, etsi diss. Gentil. *d. Cap.* 35.

*si quis ob falsi caussam, vel aliam de gravioribus* (in quibus constat, si nihil aliud prohibeat, damnatum infamem fieri. *L. infamem. D. de pœn.*) *non ad tempus sit relegatus, sed ad tempus ordine motus: in ea est caussa, ut possit in ordinem redire.* Ergo huic leviori pœnæ subjectus quanvis ex crimine publici judicii, ac proinde famoso, liberatus est infamia: quoniam ad tempus ordine motos ex crimine quod ignominiam importat, in perpetuum moveri placet. *L. ad tempus, D. de decur.* Sed et hæc ipsa sententia expressa videtur in *L. etsi.* 3. *C. ex quib. cau. infam. irrog.* Quid ergo est? sunt hæc contraria? Immo hoc indicant, mitiore sententia damnatos quanvis ex crimine famoso, interdum non esse: illic leviore pœna damnatos, infamia non liberari; hic liberari. Proinde quando utrumqne accidat, quærendum.

XXXVIII. De quo sic, puto, recte definiemus. Si de crimine seu delicto famoso de quo agebatur, judex pronuntiet judicans admissum esse; aut de facto silens eam pœnam dicat, qualis in ejusmodi crimine et famoso solet irrogari: quanvis pœnam mitigans leviorem sententiam dixerit, nihilominus damnatum sententia infamem faciet. Sin ea sit sententia, quæ nec verbis exprimat de crimine, nec genere pœnæ significet se id delictum notare, quod accusabatur; tum mitior sententia damnatum infamia liberabit. Ergo leviori pœnæ quam leges permittunt subjectus, nihilominus inter infames habetur duobus temporibus.

XXXIX. Uno, si judex prius de facto famoso pronuntiarit: puta damnarit reum nominatim ob furtum, injuriam, vim factam. Hoc cum fecit judex, generaliter definiemus, quæcunque deinde pœna levior ab eo imposita erit, et quantumcunque mitiore sententia id agat, ut damnatum infamia liberet, nihilominus damnatum infamem futurum. Eaque illa est definitio Papiniani superior, quæ exstat in *d. L. ordine, D. ad munic.* Nam illic loqui Papinianum de eo judice, qui prius de facto famoso pronuntians, nihilominus velit mitiore pœna infamiam detrahere, liquido apparet ex ratione ab eo subjecta. Negat enim judici id licere hac ratione, quod *facti quidem quæstio sit in potestate judicantis, juris autem auctoritas non sit.* Quo significat ut ante dixi, licere judici de facto ita pronuntiare, ut vel dicat vel neget factum id esse quod arguatur. At postquam pronuntiavit factum esse, et id jure famosum est, non licere judici hanc infamiæ pœnam et in eo juris auctoritatem convellere. Id autem facere eum, qui tollendæ infamiæ caussa leviorem pœnam imponat: quia pro gravi delicto leviore pœna non satisfit Reipublicæ, eoque nec legi pœnam statuenti: quæ per pœnam Reipublicæ satisfieri voluit.

XL. Alterum tempus est, si de crimine quidem nihil pronuntiet judex, sed eam pœnam statuat, quæ conveniat solum famosis judiciis, seu quæ non nisi in crimine aut judicio famoso soleat irrogari. Sic enim pœna, quæ non nisi ad coercendum delictum adhibetur, facile delictum præcedens famosum arguit. Finge in caussa depositi re dolo depositarii amissa, cum eo nomine actum esset, et dolus probatus, judicem nulla doli mentione facta simpliciter reum damnasse, quanti res erat. Cum reum ob dolum condemnare posset, quanti in litem jurasset actor. *L. 1. §. in depositi, D. depo.* infra eam quantitatem damnando aperte mitiorem sententiam dixit. Sed nec de dolo depositarii quidquam expressit: quo tamen solo nomine damnati fiunt infames, ut supra disseruimus. *L. furti, §. ult. D. de his qui not. infam.* Nihilominus dicemus isto modo depositi damnatum ex edicto infamem esse; quia qui depositi condemnavit, satis hac pœna dolum præcedentem notavit, cum nemo damnari possit depositi nisi ob dolum. *L 1. §. ult. D. depo.* Ad hanc rationem omnino referri debere videtur illa distinctio Ulpiani quæ exstat in *L. 3. in pr. D. ad mun.* Illic agit Ulpianus de iis, quæ, si nihil aliud impediat, infamiam important damnato: cum in posteriore parte loquatur de falsi caussa, et aliis gravioribus: quas famosas esse constat, *L. infamem, D. de pub. jud.* In priore autem agat de iis criminibus, ex quibus quis ad tempus relegatus, nec post tempus decurionatum recipit, quod non fit, nisi in iis, ex quibus damnatum sententia infamem facit, nisi pœna imposita sit gravior. *L. ordine, D. ad munic.* Et tamen in his mitiori sententia damnatos ita separat, ut quidem qui ex his relegatus sit tantum ad tempus, dicat boni consulere debere humanitatem sententiæ, nec post tempus decurionatum recipere, quod nihil aliud est, nisi ea sententia damnatum factum infamem per id tempus, et post id tempus manere. *d. L. ordine, ad municip. L. ad tempus, de decur.* Quod si ex his ipsis non ad tempus sit relegatus, sed ad tempus ordine motus, in ea caussa est, inquit, ut possit in ordine redire: quod rursum nihil aliud est, quam hunc ipsum superiore sententia mitiori infamia liberatum, alioqui et post tempus infamem futurum. *d. L. ad tempus, D. de de-*

*cur.* Non ergo in his Ulpianus caussas damnationis distinguit, cum omnes famosæ sint: nec distinguit genus sententiæ, cum ubique proponatur sententia dicta esse mitior: sed separat genus pœnæ: relegatum ad tempus ab eo, qui ad tempus ordine motus est. Quid caussæ esse putamus? Puto, non alia reperietur, quam quod relegatio perpetua in his criminibus pœna est usitata: quæ etsi remittitur ad aliquem modum; tamen ideo adfert infamiam damnato, quia genus pœnæ, quale crimen notatum sit, indicat. Satis est autem ex sententia intelligi quovis modo, quo ex crimine reus sit damnatus. *d. L. ordine, ad municip.* Cum autem quis ad tempus ordine motus est, ex gravioribus criminibus, non est ea pœna, quæ his criminibus conveniat, seu qua in his soleant rei talium criminum affici. Ita quasi nec crimen ea pœna arguatur, sententia infamiam non continebit. Quod si horum utrumque concurret, in sententia mitiore, ut judex neque de crimine et facto famoso quidquam exprimat, neque statuat eam pœnam, quæ factum famosum arguat: tum recte dicemus etiam mitiorem istam sententiam in ea caussa esse, ut conservet damnato existimationem. Sic enim nihil est in sententia, quod arguat factum esse id quod intenditur tanquam famosum: et judex prætermissa isto modo criminia et delicti caussa magis videtur de facto pronuntiasse, et significare non esse admissum id quod objicitur. Jam autem diximus facti quæstionem esse in potestate judicantis, etsi maxime auctoritas juris non sit. *d. L. ordine, ad munic.*

XLI. Insigne hujus sententiæ argumentum et exemplum est in suspecti accusatione. Suspectus tutor removeri potest et ob dolum et ob culpam: sed distinctis ad infamiam caussis: nam ob dolum remotus fit infamis: ob culpam non item. *L. 3. §. ult. D. de susp. tut.* Ergo si de dolo expressit judex in tutore removendo, ut diceret, quia in tutela perfidiose aut malitiose se gessisset, ideo se cum a tutela removere, haud dubie infamem fecit: si nominatim ideo removit, quod diceret eum negligenter in tutela versari, existimationem ei servavit. At fingamus postulari suspectum nominatim ob dolum et perfidiam, idque in judicio planum factum: judicem autem de dolo et culpa silentem removere tutorem tantum ob id, quod diceret cum non recte tutelam administrare: denique judicem non significare caussam remotionis decreto suo. Agnoscimus hic mitiorem sententiam judicis, qui cum dicere posset se tutorem removere, quia is perfidiose aut turpiter in tutela se gessisset, pepercit pudori ejus, et de dolo silens tantum non rectam ejus administrationem nominavit, dum scilicet cupit ei existimationem salvam manere. An igitur hac sententia id consequitur? Et placet consequi, cumque qui ita remotus est, integra fama abire tutela. *L. 4. D. de susp.* Ergo haud dubie mitior sententia in proposito remotum tutorem liberavit. At quamobrem? quia judex in ista sententia nihil dixit, quo factum tutoris famosum argueret. Nam de dolo tutoris tacuit: pœnam autem suspecti remoti cum addidit, eam pœnam dixit, quæ non minus conveniat in eum, qui ob culpam remotus est, quam qui ob dolum: cum ut dixi, pariter et ob culpam suspectus tutor removeri possit. Ita sententiam benigne sic interpretabimur, quasi judex de culpa pronuntians ob hanc ipsam suspectum removerit. Nec mirum, si cum mala administratio et ad dolum referri possit, et ad culpam, placet hic potius culpam accipi debere. Id enim postulat benignitas interpretationis, quæ dictat, proniores nos esse debere ad liberandum. *L. Arrianus, D. de verb. obl.* Eoque et in pœnis si occurrat gravior et levior, et incertum sit ex verbis utrum sumamus, semper interpretatione pœnas legum esse molliendas potius, quam exasperandas. *L. pen. D. de pœn.*

XLII. Quo exemplo non dubitabimus idem probandum esse per omnia et in actionibus famosis ex consensu descendentibus, quæ pariter dolum et culpam ad condemnationem recipiunt: puta pro socio, tutelæ, mandati. Ex his damnatus notatur infamia ex edicto, sed ita, ut supra diximus suo loco, si quis ex his damnatus sit ob dolum. Id sic accipiemus, si nominatim judex ob dolum damnavit: dum scilicet caussam doli sententia sua expressit, ut appareret de infamia. Quod si judex exonerandi rei caussa de dolo silens simpliciter eum damnavit pro socio, tutelæ, mandati: non minus et hic existimandus est existimationem damnato conservasse: cum fieri potuerit, ut damnaretur reus ex his caussis etiam ob culpam, propter quam non fit infamis: in re autem dubia hanc potius caussam damnationis accipi oporteat. De actione de dolo non idem dicimus: propterea quod damnatus depositi quanvis simpliciter, et mitiore sententia, non potest tamen intelligi nisi ob dolum damnatus, ut ante ostendimus. Ergo et ad hoc genus recte referemus crimina ipsa graviora, si in his judex eodem modo de fa.

cto silens eam quoque pœnam mitiorem adjiciat, quæ neque istis, neque aliis famosis necessario conveniat.

XLIII. Cui rei, ut existimo, oppositum exemplum nobis erit in ea specie, quam ex Ulpiano supra retulimus, exstatque in *L.* 3. in prin. *de decur.* ubi si quis ob falsi caussam, vel aliam de gravioribus non ad tempus sit relegatus, sed ad tempus ordine motus, scribit eum in ea caussa esse, ut possit post tempus in ordinem redire, significans et eum mitiori ista pœna esse consecutum, ne esset infamis. Ostendi supra, hoc potius tribui ei qui motus est ordine, quam relegato, quia ista motio irrogari possit et soleat etiam in crimine non famoso: ut proinde pœna non arguat judicem crimen aliquod famosum prius notasse, eaque pœna afficere voluisse. Adjicere oportet, nec judicem in illis exemplis Ulpiani quidquam de facto prius pronuntiasse. Id intelligi ex eo, primum quod in illis infamiam aut integram famam metitur ex genere solo pœnæ: deinde quia certi juris est, si quis damnatus sit nominatim ex crimine famoso, quanvis ad tempus, et mitiori sententia eum sic infamem fieri, ut fiat perpetuo. *L. ordine. ad munici. L. ad tempus, de decur.* Postremo quia si de crimine ipso pronuntiasset judex in exemplis Ulpiani, necesse esset dici aut pariter in omnibus damnatum infamem esse, aut pariter non esse.

XLIV. Sed omnem hanc distinctionem tollere videtur *L.* 3. *C. ex quib. caus. infam. irrog.* atque hoc in universum statuere, mitiore sententia damnato infamiam remitti. Proponitur præses, cum severiorem sententiam jure dicere deberet adversus decurionem, mitiorem sententiam adversus eum dixisse certis rationibus motus, et cum vel relegare eum ad tempus posset, vel in longius tempus ordine movere, molliore sententia jussisse eum ordine decurionum abstinere. Respondent Imperatores damnatum hoc modo reum transacto tempore in numero infamium non esse; idque palam esse eo quod post biennium remisisse damnato prohibitionem decurionatus videtur. Et certe si illic in numero infamium non esse, interpretamur infamem non esse: non tantum adversatur hic locus prioribus; sed etiam certa et inexplicabili difficultate ejus loci implicamur. Etenim his verbis, transacto tempore non esse te (decurionem) in numero infamium palam est, tria hæc significabuntur; primum de crimine famoso illic actum esse, ex quo damnatus aliquando infamis fuerit: deinde ex hac caussa damnatum mitiore sententia, intra tempus quo ordine motus est, infamem esse: tum qui per id tempus infamis fuerat, transacto tempore, desinere esse infamem, remissa illi infamia sententia judicis. Ex quibus primum cum ad speciem facti pertineat, quæ talis incidere potuit, nullam juris dubitationem recipit. Secundum etiam cum superioribus sententiis de pœna leviore positis congruit, quæ efficiunt, levioribus pœnis ex crimine famoso subjectos, nihilominus inter infames haberi. Tertium varie superioribus adversatur. Nam primum eamdem istam sententiam mutans statuit, leviori pœnæ subjectos, cum judici visum est, puta post tempus certum, infames non esse, quanvis judex de crimine famoso pronuntians initio infamiam irrogarit, contra certam sententiam. *d. L. ordine. D. ad municip.* Deinde difficultatem augens confirmat eum qui ad tempus infamis fuit, post id tempus eadem sententia desinere esse infamem; quasi sententia de facto famoso præcedente juris auctoritas fuerit in potestate judicantis, contra certam rationem juris, *d. L. ordine.* Confirmat etiam eum qui ad tempus ordine motus est ex eo crimine quod infamiam importat, post tempus in ordinem redire, remissa videlicet infamia. Contra quam diserte definitum est in *L. ad tempus, D. de dec.* his verbis; *ad tempus ordine motos ex crimine quod ignominiam importat, in perpetuum moveri placuit.*

XLV. Ad hæc concilianda nihil hic a vulgo interpretum exspectemus. Vulgaris (30) defensio est accepta ab Accursio, a Bartolo confirmata ad *d. L.* 3. et *L. quid ergo. §. pœna, D. de his qui not. infa.* cum quæritur, an leviore pœna et mitiore sententia irroga-

(30) Et Baro *ibidem.* Si certa ratione, inquit, sententia clementior lata, famam retinet reus: contra, si sine ratione. Duar. *ad h. t. D. Cap.* 4. quia, ait, judex propter circumstantias pœnas minuens ostendit, reum infamiæ nota dignum non esse. Aliud igitur si nulla ratione, sed gratia tantum ductus. Et Frch. *Cap.* 7. *n.* 12. sic: Aut ex caussa minuente delictum; ut juventute, senectute, ira, etc. (quæ fuse persequitur Tiraq *de Pœn. temp.*) et tunc cessat infamia. Aut ex alia caussa judex pepercit reo, ut propter dignitatem natalium, merita majorum, vitam anteactam, intercessionem aliorum, artificium insigne, ex mera gratia, et tunc non cessat. *ibid. n.* 11. rejicit distinctionem Glossæ an caussæ cognitio processerit, quia immo nunquam pœna infligitur, nisi ea prævia.

ta remittatur infamia, interesse, utrum judex mitiorem sententiam dixerit sine caussa, an ex caussa; ut si sine caussa dixit, non remittatur infamia: si ex caussa, remittatur. Et hoc sumi voluit ex *d. L.* 3. *C. ex quib. cau. infam. irrog.* quia proponitur illic præses mitiorem sententiam dixisse certis rationibus motus. Sed neque hæc defensio ad rem, et eum locum de quo agitur, quidquam pertinet; et si quid pertinet, per se falsissima est. Primum ad rem nihil pertinet. Nos enim agimus de pœna leviore non simpliciter, sed de leviore quam leges permittunt, ut verba sunt. *L. ordine, D. ad municip.* At quæ pœna irrogatur ex justa caussa, etsi minor est quam pœna ordinaria, non tamen est levior quam leges permittunt; sed tanta, quantam illæ concedunt; ut sit nec gravior justo, nec justo levior: nam ex justis caussis licet ordinarias et solemnes pœnas minuere. *L. aut facta, D. de pœn.* Nihil ergo isti in hac defensione respondent de pœna leviore, de qua quæritur. Ac de ea etiam agi in *d. L.* 3. verba aperte demonstrant. Proponitur enim præses in caussa quæ proponebatur, debuisse severiorem sententiam dicere: debuisse, inquam, jure, quia jus eam sententiam exigeret, ac non tantum potuisse. Proinde eum in ea caussa mitiorem sententiam dixit, dixit mitiorem, quam jus concedebat, eoque et contra jus, nec ex justa caussa. Nihil his patrocinatur, quod dicitur proconsul mitiorem sententiam dixisse *certis rationibus motus.* Aliud est enim certis rationibus, aliud justis et jure cognitis. Potest judex certis, id est, quibusdam rationibus privatim moveri, ut velit leviorem pœnam imponere damnato; ut tamen justæ et jure cognitæ caussæ pœnam mitigandi nullæ sint. Et vero illic mitiorem sententiam ex justis caussis dictam non esse supra probavi. Sed demus mitiorem sententiam quam leges permittunt, eam dici posse, qua pœna levior irrogata est ex justa caussa: tamen et hæc ipsa sententia falsissima est, mitiore sententia ex crimine famoso damnatum, quanvis ex caussa, inter infames non haberi. Nam legitima et ordinaria pœna affectos ex eo crimine quod infamiam importat, omnes concedunt esse infames. Quanto magis ex eadem caussa damnatum infamem esse oportet, cui levior pœna irrogata est? Nam graviore pœna magis satisfit Reipublicæ; ac quo huic magis satisfit, eo magis pro ea satisfactione conveniebat minui ejusdem delicti infamiam. Nec ad rem pertinet, si pœna levior irrogata est ex caussa. Nam et legitima pœna maxime ex justa caussa irrogatur, neque eo magis prodest damnato ad infamiam deprecandam. Sed et hac sententia admissa, mitiore pœna ad tempus ex caussa irrogata infamiam post id tempus remitti, incidunt in eas reprehensiones, quarum difficultatem expedire non possunt, ut dicant eum decurionem, qui semel infamis esse cœperat, et fuerat per biennium, post biennium desinere esse infamem, et simul ad tempus ordine motum ex eo crimine quod infamiam damnato importaverat, finito tempore in ordinem redire: quibus et certi juris ratio, et omnia veterum responsa reclamant. Quem sententia judicis damnatum infamia liberat, quanvis ad tempus damnatus sit, puta ad tempus relegatus, aut ad tempus ordine motus, eum tamen non post tempus, sed statim liberat. *L. in servorum, §. ultim. D. de pœn.* Volunt eum qui ad tempus ordine motus est, transacto tempore infamia liberari. Admittant igitur et eum liberari ante: quod negant. Quod si quis ex crimine famoso damnatus ab initio notatur infamia; repugnat juris ratio, quominus eadem sententia quandoque infamia liberetur. Cum enim semel jus ex sententia judicis infamiam irrogavit, hujus juris auctoritas in potestate judicantis non est, ut eam pœnam minuat præsertim pœna leviore. *d. L. ordine, ad municip. L. 1. §. 1. D. ad Turp.* Ex quo etiam est illud istis plane adversarium, ad tempus ordine motos ex crimine graviore famoso, in perpetuum motos videri. *L. ad tempus, D. de decur.*

XLVI. Quid ergo de objectione *d. L.* 3. dicimus? Id quod initio præfati sumus, si in eo rescripto de decurione post biennium infamia liberato agitur, itaque verba interpretamur: locum plane esse tam multis superioribus contrarium, neque hanc repugnantiam ulla distinctione vitari posse. Quod si in eo rescripto de caussa famosa non agitur, eoque nec de decurione infamia sententia judicis liberato; res expedita est, neque illic quidquam dicitur de mitiore sententia, quod iis quæ ante diximus, adversetur. Quod enim dicitur *levioribus pœnis quam leges permittunt, subjectos nihilominus inter infames haberi;* meminisse oportet dici de iis qui alioqui damnati sunt ex eo crimine, quod nisi aliud impediat, infamiam irrogat: in quo negatur hanc leviore pœna imposita impediri. Quod si quis ex caussa non famosa mitiore sententia dicta ordine ad tempus motus est,

nihil habet contrarii omnino, si hunc dicimus nunquam infamia notari. Non enim eo dicimus, quia mitior sententia eum liberaverit infamia: sed quia damnatus est ex caussa non famosa; in qua etsi pœna legitima mulctatus esset, non tamen efficeretur infamis. Atque ego de ejusmodi caussa agi interpretor in *dict. L.* 3. deque eo decurione, cui decurionatu abstinere jusso in biennium, non remittatur infamia, quæ nulla ante præcesserit, sed sola decurionatus prohibitio. Primum id responsum rescripti satis ostendit. Cum enim respondeatur decurionem transacto biennio in numero infamium non esse: eo quod post biennium remisisse illi prohibitionem decurionatus judex videtur: apparet non fuisse quæsitum, an judex mitiore sententia damnato remiserit post biennium infamiam; alioqui et de eo respondendum erat, atque huc ratio aptanda: sed an post biennium remiserit judex decurionatus prohibitionem: de quo et propterea respondent Imperatores. Nec quisquam putet, nullam hic caussam esse posse, cur dubitetur, an is qui ad tempus decurionatu prohibitus est, desinat post tempus prohiberi, si infamia non impediat. Erat enim in specie ejus rescripti justa de eo dubitationis caussa, quæ et verbis rescripti in principio declaratur. Proponitur enim præses debuisse ex jure severiorem sententiam dicere, quam ut decurionem ordine tantum moveret, aut moveret tantum intra biennium. Cum ergo præses id non fecisset, sed præter quam quod jus promittebat, biennio tantum decurionatu abstinere eum jussisset, merito dubitabatur, an præses hac sententia post biennium remisisse prohibitionem videretur, quasi non potuisset remittere contra jus. Respondent Imperatores, remisisse videri, significantes et eum potuisse. Non quod non sit injusta sententia, a qua et appellare accusator potest: sed quia si appellatum non sit, sententiæ standum est, *L. cum prolatis. D. de re judic.*

XLVII. Sed parum sit responsi verba, quibus alia verba rescripti opponi possunt, nisi res et sententia rescripti interpretationem superiorem exigeret. Nam si admittimus decurionem istum motum ordine in biennium, per id tempus fuisse in numero infamium, idest, infamem, transacto autem tempore desinere infamem esse, et recipere decurionatum; inducimus sententiam eo vitio laborantem, quale in nulla lege, si quo modo vitari potest, admittere debemus. Satis enim jam ostendimus leviori pœnæ subjectum ex crimine famoso, quale hic interpretes esse volunt, nihilominus etiam post tempus pœnæ præstitutum inter infames haberi. *L. ordine. D. ad municip.* Item infamiam semel sententia irrogatam sententia judicis contra auctoritatem juris remitti non posse. *d. L. ordine.* Item ad tempus ordine motos placere in perpetuum moveri. *L. ad tempus, de decur.* Atqui hæc omnia superiore sententia evertuntur. Quo fit, ut necesse sit hac admissa totidem vitia admitti, nullo modo ferenda, si quomodo ut dixi, illa vitari possunt. Sed opponuntur huic sententiæ manifesta, ut videntur, verba. Etenim decurionem ex superiore sententia ordine motum in biennium, transacto tempore in numero infamium non esse, quid quæso aliud significat, quam transacto tempore non esse infamem, ante autem id tempus infamem esse? Ego vero etiam aliud significari recte defendi arbitror, atque illud dici, hæc verba esse in numero infamium, ambigua esse. Sane enim recte et usitate dicitur in numero infamium esse, qui et ipse vere est infamis. Sed potest, ut existimo, etiam non male dici esse in numero infamium, qui conditione personæ non infamis, re ipsa in sui loci atque ordinis functione, eodem loco sit quo infamis: dum scilicet perinde ab his removetur, ut infames solent. Talis est autem decurio iste per id tempus, quo ordine motus est. Quippe qui non magis per idem tempus decurionatu fungi potest, quam qui sunt infames. Post quod tempus cum in eo numero esse desinat, ut qui ordinem recipiat, eoque fungi possit, recte dicitur non amplius esse in numero infamium, ut prius fuerat. Etsi prior significatio usitatior est; tamen cum oratio in alteram partem quoquo modo accipi possit vel abusive res huc redit, ut quærendum sit, utram significationem in hac ambiguitate accipere debeamus. Jam vero in hac re certi juris regula utimur, in ambigua voce legis eam significationem capiendam esse, quæ vitio caret. *L. in ambigua, D. de legib.* Satis autem demonstratum est priorem illam significationem, quam magis verba ostendunt, et usus terit, ita vitiosam esse, ut defendi jure non possit. (31) Quare posterior ex certa lege interpretationis sumenda est.

(31) Aliter Cujac. 20. *Obs.* 38. secundum jus vetus pœnæ legitimæ, vel mitioris immortalem infamiam esse, sed ex edicto Antonini ad tempus ordine motum, post tempus

XLVIII. Rursum opponitur *L. 4. C. eod. tit. ex quib. caus. infam. irrog.* ubi, ut vulgata lectio est, sic species facti proponitur, quasi Posidonius quidam in tempus anni relegatus sit, cum esset quinque annis exilio temporali damnandus. Quibus verbis aperte proponitur is adversus quem severior sententia dici debebat, mitiori sententia esse damnatus. De quo tamen illic indistincte respondetur, inter infames eum haberi non oportere. Et locum contrarium putaremus, nisi ratio illic subjecta ostenderet, non de mitiore sententia quæstionem propositam esse, sed de severiore: ideoque cum secus proponatur initio speciei facti, locum mendosum esse. Nam quod prius dixerant Imperatores Posidonium istum inter infames non haberi, ejus hanc rationem subjiciunt; *quoniam sententiæ severitas cum cæteris damnis transigere videtur.* Ergo aperte sic speciem facti et quæstionem Imperatores accipiunt, atque adeo sic ponunt ipsi, quasi severior sententia in proposito adversus Posidonium dicta sit, non mitior; quam etiam ob caussam respondent eum inter infames haberi non oportere. In quo constituunt hanc sententiam gravioribus pœnis quam legibus statutæ sunt, affectos quanvis ex crimine famoso, tamen quasi transacto negotio ignominia liberari: quæ et sententia verissima est, et supra a nobis pluribus confirmata, recteque ad ejus auctoritatem istius *L. 4.* testimonio initio usi sumus. At species facti aliter proponitur. Sed cum Imperatores disertis verbis exprimant severiorem sententiam illic dictam esse; quibus potius de facti propositione credendum est, quam ipsis: cumque verba facti dissentiant, cui dubium esse potest vitiose illa legi? Et certe levis error est, et observatu facilis. Leguntur illic hæc verba, *Posidonium relegatum et damnandum.* Converte hæc tempora, ut sit: *Posidonium* (32) *relegandum damnatum esse,* rectam sententiam et affirmationi Imperatorum congruentem restitueris. In quibus verbis vel potius temporibus transponendis quam facilis error fuerit, nemo non vidit. Sic ergo optime et secum ipsa et cum aliis locis constabit totius loci sententia, si legamus hoc modo: *Si Posidonium in tempus anni relegandum* (vulgo relegatum) *sententiam non excessisse proconsulis probaveris quinque annis exsilio temporali damnatum* (vulgo damnandum) *inter infames haberi non oportet: quoniam severitas sententiæ cum cæteris damnis transigere videtur.* Et vero quomodo aliter cohærere hæc ratio cum prioribus potest, non dico in jure, sed etiam in facto? Nisi forte cum Accursio interpretemur severitatem sententiæ non dictæ, sed dicendæ. Quod plane ridiculum est. Quasi dici possit transigere cum cæteris damnis ea sententia, quæ non est, nec unquam

honores recipere *d. L.* 3. §. 1. *de decur. L.* 1. *C. de his qui in exil. dari Lib.* 10. *tit.* 59. et Freher. *Cap.* 7. *n.* 13. *et* 2. *seqq.* ac Ant. Fab. *in L.* 8. *de postul.* quod in *d. L.* 5. dicitur rationi severæ convenire scribens. Sed corrigi eam sententiam in *d. L.* 8. vers. *nec adhibetur distinctio.* Novum enim jus constituisse Antoninum *d. L.* 1. *C. de his qui in exil.* verbo *posthac,* et Cujac. *in d. L.* 1. Saue Duar. *ad tit. de postul. Cap. pen.* resp. *ad d. L.* 8. finito tempore sententiæ, infamiam quidem perseverare *d. L.* 5. *de decur.* ast non eam, effectum suum ad postulationem porrigere *d. L.* 8. Quod durum est, cum imo omnes infames ab advocatione pro aliis arceantur. Tutius dici puto, hunc sensum esse *d. L.* 8. non adhiberi distinctionem quo crimine pœna irrogata, id est, non inquiri in illud, tunc cum, nec nominatim sententia delictum famosum expressum est, nec ex genere pœnæ de eo apparet. Subditur ratio; *Ne pœna tempore determinata ulterius porrigatur.* Quæ infamiæ non convenit, quia hæc tempore non determinatur, nec facto judicis condemnantis infligitur, sed ab ipsa lege sententiam notante *L.* 43. §. 12. *in fin. de ri. nupt.* Ast acriter adhuc obsistit *d. L.* 1. *C. de his qui in exil.* ubi diserte: post impletum temporis spatium, non prorogari infamiam. Nisi dicamus *infamiam* ibi latius sumi, pro opprobrio quodam ipsam remotionem ab officio comitante, proindeque recepto eo, cessante. Quod si cujus palato non faciet, necesse habebit statuere quandam infamiam temporariam. Siculi Wes. *in Par. h. t. n.* 8. infamiam ex crimine ipso jure famoso perpetuam statuit, cum legis effectus sit perpetuus, ac juris auctoritas in potestate judicantis non sit, quod alias fieret, sicuti et Donellus hic arguit. At si ex delicto, cui pœna arbitraria est, infamiam nominatim judex imponat, una cum coercitione: tunc ejus tempore elapso, et hanc, seu accessorium una tolli.

(32) Ita et Cujac. *in L.* 1. *C. de his qui in exil. dati Lib.* 10. *tit.* 59. et Bocer. *in disquisit. de L.* 2. *Stellion. subjecta Tr. de crim. læs. majest. pag.* 233. Mitiori malagmate locum sanat Duar. *h. t. Cap.* 4. qui ibi duplicem judicis sententiam ponit. 1.° Proconsulis de relegatione annali, a qua provocatum, sed interim reus sententiam non excessit; nam si excessisset pœna juste augeretur *L.* 8. §. 7. *L.* 28. §. 13. *de pœn.* 2. Præfecti prætorio, judicis appellationis, qui cum quinquennali exilio, et ita gravius damnaverit: sententiæ severitas cum damnis temporis longioris transigere videtur?

fuit, ac nec esse potest. Atqui talis est sententia quæ ex jure dici debuit, sed nec dicta est, nec potest postea dici, cum judex aliam dixerit, quam mutare postea non potest. *L. judex, D. de re jud.*

XLIX. Quibus expositis cognitum est genus secundum infamium, positum in iis caussis et personis, quas non jus, sed sententia notat. Cujus hæc est summa; ut si quis in aliquam caussam ex iis, quæ supra in hoc genere comprehensæ sunt, inciderit; ex his damnatus sit; ex his damnatus suo nomine, is sit infamis, nisi etiam sententia remiserit infamiam: quod graviore corporali pœna imposita semper accidit: mitiore imposita, nunquam, nisi cum judex de facto potius, quam de jure pronuntiavit: quod fit, cum de facto de quo agebatur, in sententia silens eam pœnam irrogavit reo, quæ non necessario cadat in famosos, seu quæ etiam non famosis possit convenire. Ex quibus conditionibus, ut hoc quoque ad explendum hoc genus adjiciamus, licet observare multis modis in hoc genere vitari infamiam: quos quia utile est in promptu habere, paucis indicabo. Et in summa quanvis in caussam aliquam ex iis quæ sunt hujus generis ita quis inciderit, ut si conveniatur, possit ex his damnari, ac damnatus sit famosus: tamen (33) tribus modis summis ex hoc genere vitatur infamia. Uno si quis de his caussis paratus judicio contendere, curet, ut per procuratorem defendatur. Sic enim consequetur, ut neque ipse fiat infamis, neque procurator. Ipse, quia non damnabitur, sed procurator. *L. 1. C. de sent. et interl.* Procurator, quia damnabitur is quidem, sed alieno nomine: quo nomine qui damnantur, ex superiore jure non sunt infames (34) *L. furti. §. 2. D. de his qui not. infam.* Altero modo vitabit infamiam, si quis det operam, ne ad sententiam condemnatoriam perveniatur. Quod multis modis consequi potest. Alias volente adversario, si puta (35) paciscatur cum eo de lite, aut transigat, quibus in caussis id facere licet sine infamia; ut in actionibus ex contractu descendentibus. *L. in actionibus D. de his qui notan. infam.* Alias etiam adversario invito; si quanta pecunia debetur ex actione famosa, tantam offerat actori ante litem contestatam, et illo accipere recusante solemniter obsignet. Erit hæc obsignatio pro solutione. *L. obsignatione, C. de solut.* Quomodo debitor liberatus, uti actione omni solutus est, ita jam ex actione neque judicium, neque judicii sententiam (36) metuet. Hæc cautio

(33) Septem modos, sed qui his fere continentur refert Wes. *in Par. h. t. n.* 9. add Freher. *de infam. Cap.* 8. *num.* 27.

(34) Ubi aptior vulgata lectio *nec ego*, quam probant Hot. 7. *Obs.* 16. Cujac. *ad L.* 3. §. *ergo etiam de dolo* cum Florentiæ legatur *nec ergo.* Ad infamiam enim et condemnatio, et caussa, seu delictum, requiritur. Alterum in Procuratore deest, alterum in domino, A. Fab. *ad d.* §. 2. Et quia dominus non condemnatur, nisi ficte, nec in eum obligatio descendit a Procuratore, quæ non in hujus persona, prius initium cœpit *L.* 11. *de O. et A.* Quare infamia, quæ non inhæsit in persona Procuratoris, per eam, ad dominum transire nequit: ita Marc. de Mantua *Singul.* 26. Hinc mirabile consilium hoc dicit Bart. *in d.* §. 2. pro eo, qui actione famosa convenitur, Ant. Fab. ib. Freh. *Cap.* 8 *n.* 8. Gail. 2. *Obs.* 102. *n.* 7. Beust. *ad L.* 9. §. 2. *de jurej. n.* 9. *et seqq.* Quare et Syndicus in caussa famosa patriam defendens, et damnatus, non fit infamis *L.* 9. *C. h. t. L.* 4. *C. de delator.* Fren. *Cap.* 6. *n.* 6. Facti tamen infamia, illic vitari nequit *L.* 2. *de obs. par.* Sed et qui litigare ipse cœpit, judicium in Procuratorem transferre posse, volunt Freher. *d. n.* 8. Adeo ut et domino, qui totam litem ipse per se prosequutus, consuli censeant, si det Procuratorem ad audiendam sententiam, Marc. de Mantna *Singul.* 26. *et* 38j. ubi tamen subdubitat, num non possit judex sententiam hoc casu, in ipsum dominum ferre. Et obsistunt extrema *d.* §. 2. argumento a contrario.

(35) Ratio dubitandi hic, eadem ratio præsumptæ confessionis *L.* 5. *h. t.* et Ratio decidendi *in d. L.* 7. *non tam turpis hic pactio.* Ratio rationis, quia in contractibus perfidia, non tam caussa, quam materia actionis. Caussa enim est obligatio ipsius contractus. In delictis autem est, et caussa, et materia. Et qui paciscitur de contractu, fatetur quidem se contraxisse, at non item se fidem violasse, nisi forte per consequentiam, Ant. Fab. *in d. L.* 7. melius quam Freher. *Cap.* 8. *n.* 25. quia in judiciis ex delicto, pœna semper venit, quam nummis pacisceus, redimere frustra conatur. Alia autem rei persecutoria sunt.

(36) Quod etsi Freher. *Cap.* 8. *n.* 26. non absurde videatur restringere ad judicia ex contractibus; Nam ex delictis si transactio infamat, per seqq. ob præsumptam confessionem, magis solutio, ex majori ratione: *L. pen. C. de re jud.* receptius tamen est, idem in delictis locum habere. Quod in specie de actione injuriarum, quod æstimatione soluta tollatur, tradit Beust. *ad L.* 9. §. 2. *de jurej. n.* 10. et addit. *ad Diff. jur. Civ. et Sax.* 7. *P.* 4. *n.* 14. *et. n.* 19. et fusius firmat, Gail. 2. *Obs.* 103. ubi conclusum fuisse, docet, etiam post conclusionem in caussa, et sententiam præambulam ratione æstimationis, ante tamen sententiam

traditur in *L. si reus, D. de procur.* Licet idem offerre et post litem contestatam: sic tamen, ut tum non liberetur reus obsignatione, sed res tota dirimenda sit officio judicis, ut est in eadem *L. si reus.* Sic autem dirimet judex, ut si animadvertet tantum offerri, quantum debetur, atque hoc modo satisfieri actori, ferat quidem sententiam, sed qua reum non condemnet, sed absolvat. *§. ult. Instit. de perp. et tempor. act.* Ita etiam consequetur (37) ista oblatione reus, ut liberetur infamia: qua non notantur absoluti, sed damnati. Quod si quis etiam judicio famoso damnatus erit sententia judicis, sic tamen vitare poterit infamiam, si intra legitima tempora appellet, et pendente appellatione eadem faciat, quibus eum consequi supra diximus, aut ne veniatur ad sententiam, aut si ventum erit, ut absolvatur. Nec impediet prior sententia infamiæ vitationem: quoniam appellatio eam sententiam (38) exstinxit. *L. 1. in fin. D. ad Turpil.* Tertio modo vitatur infamia, quanvis ex supra scriptis caussis damnato, opera et beneficio judicis, si is remiserit infamiam: quod quibus modis fiat, modo diximus. Ac de secundo isto genere infamium satis dictum est.

L. Est et tertium genus, ut proposuimus, positum in iis caussis, quas notat non solum sententia, sed et actio, id est, ex quibus notatur quis infamia, sive ex his damnatus, sive de his pactus fuerit: quales proponuntur in edicto *L. 1. clausula*, qui furti. *D. de his qui notan. infam.* Non sunt in hoc genere omnes caussæ, ex quibus damnatum sequitur infamia; sed quædam ex his dumtaxat: cæteræ ejusmodi, ut in his sola sententia infamen faciat, non etiam pactio. Et hujus generis sunt actiones ex contractu proficiscentes. In his, inquit Paulus, *licet famosæ sint, et damnati notentur, attamen pactus non notatur: merito; quoniam ex his caussis non tam turpis est pactio.* Hoc ille in *L. in actionibus, D. de his qui notan. infam.* Ita relinquuntur sola crimina et delicta famosa, quæ ad hoc genus pertineant, id est, quæ ut notantur sententia, ita notentur et reo de his paciscente. Et tamen nec ea quidem omnia in hac caussa. De iis criminibus, quæ mortis pœnam continent pacti, infames non sunt. Idque inde intelligimus, quod dicitur de his criminibus pacisci licere. *L. transigere, C. de trans.* Item in his criminibus non nocere ei qui adversarium corrupit, ut pacisceretur se de his non acturum: ignoscendum enim ei, qui sanguinem suum qualitercumque redemptum voluit (39) *L. 1. D. de bon. eor. qui ante sent. mor. sibi cons.* Non licet de his

condemnatoriam, reum ad solutionem admitti, ut infamiam effugiat, quia, ait *n.* 3. solvere potest, ut judicium evadat. Sicuti cautionem dat Mathesilau. *Singul.* 83. ut ex delicto conventus, totum, ad quod condemnari potest, offerens, dicat se malle pecuniæ jacturam facere, quam judicii aleam subire, quia lites agere non didicerit.

(37) Vid. Wes. *in Par. h. t. n.* 9. ubi distinctionem Socini refert, quod si caussa ipso jure famosa, necessaria sit oblatio ante litis contestationem: Sin judicatus demum infamis, licita usque ad sententiam. Quam licet vero consonam putet, contra tamen indistincte servari, scribit. Ego non video, quomodo unquam in caussis ipso jure famosis, oblatio nota eximere possit. Nec qui hæc, sine aperta pugnantiæ implicatione, accipi queant. Diss. A. Fab. 12. *Conject.* 16. qui vers. *sed hoc constat d. L.* 73. glossema Triboniani statuit.

(38) Facit *L.* 14. §. 8. *de bon. lib.* vid. *supra h. C. N.* 22.

(39) Quæ ratio a plerisque redditur, quos laudat Delrio *ad d. L. transigere n.* 35. Cujus rationis ratio, quia si et hic pro confesso haberetur, sponte sua semet jugulare, et sibimet ipse mortem consciscere videretur. Ast leges neminem supplicio perire volunt, nisi qui liquidis probationibus tenetur, Conuan. 7. *Comm.* 5. *n.* 2. et probat Matth. Klock. *in d. L. transigere P.* 1. *Cap.* 2. licet et aliam rationem adjungat, sed ita obscuram, ut quid ea sibi velit, non facile liqueat. In reliquis autem, transactio pro confessione; quia cum sponte sua liceat exulare, aut bonis suis exui, eandem pœnam confessione sua quis subire potest. Quia vero in *d. L. transigere* crimen capitale dicitur, quod sanguinis pœnam ingerit, ideo hoc ad ultimi supplicii pœnam restringi, vult Delrio *ibid. n.* 37. *et seqq.* nec idem statuit in iis, quibus pœna fustigationis, vel mutilationis membri, cum sanguinis pœnam, non aliam quam mortis denotare, statuat *L. ult. de prævaricat. L. ult. §. ult. C. de Judæ.* Etsi vero Zas. *in Par. h. t. n.* 19. transactionem quidem valere, scribat, sed tamen eandem, ceu fictam confessionem, infamare, recte tamen hic noster et Myns. 6. *Obs.* 22. Vult. *in tit. I. de pœn. tam. litig. n.* 29. Gail. 1. *de pa. publ.* 11. *n.* 21. Nam et ratio *d. L.* 1. *de bon. eor.* convincit transactionem hic pro confessione non haberi. Et confirmat Nicol. Valla *de Reb. dub. Tr.* 17. *n.* 4. quia in his, ad infamiam requiritur damnatio *L.* 7. *de publ. jud.* Et *n.* 8. *pag.* 394. rationem differentiæ bella reddit. Quia cum in his non tantum de re familiari, et privata injuria agitur, sed et de publica vindicta, ac principaliter quidem: pactio, vel transactio efficit sane, ne accusatur idem crimen repetere possit; ast non impedit, quo minus alius de eodem agere, et judex contra

pacisci, nisi licet sine infamiæ damno. Non enim licet jure, nisi quod impune licet. *L. Gracchus*, *C. de adul.* Multoque minus dici potest non nocere de his pacisci, si pactio adfert infamiam: quid enim infamia existimationi nocentius? His criminibus exceptis, cætera quæ ex sententia famosa esse diximus, omnia sunt in ea caussa, ut et de his pacti notentur infamia. De quatuor quidem tantum sive delictis, sive criminibus hujus generis comprehensum est edicto, furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo et fraude, *d. L.* 1. illic, *qui furti*, *de his qui not. infam.* Sed non eo minus et de cæteris criminibus omnibus, quæ mortis pœnam non ingerunt, quæ quidem ante in numero famosorum habuimus, idem intelligendum est: ut expilatæ hereditatis, sepulcri violati, calumniæ, prævaricationis, tergiversationis, et similibus. Cur enim placeat de furto, vi bonorum raptorum, injuria, dolo pactos infames fieri, hæc ratio a veteribus redditur, quoniam intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur. *L. quoniam*, 5. *D. de his qui not. infam.* At eadem ista ratio in cæteris criminibus obtinet: de quibus hoc (40) traditur eum qui in his accusatorem corrupit, pro victo haberi. *L. ult. D. de prævar. L. ejus*, *D. de jure fis.* Qui corrupit, id est, qui pactus est cum eo, ne secum ageretur, si pretium vel modicum dederit. *L.* 4. *D. de jur. fis.* quomodo et pactus accipitur in edicto de infamibus: de quo mox. *L. furti*, §. *pactusve*, *D. de his qui not. infam.* Quare hac ratione et in cæteris criminibus ex sententia famosis idem jus et adversus pactos statuendum est *L. illud*, *D. ad legem Aquil.* Quod si prætor de eo, qui calumniæ prævaricationisve caussa quid fecit, edicens tantum de eo qui quid istorum fecisse judicatus est, cavit; non etiam de eo, qui eo nomine pactus est: eo factum existimari debet, quia quid de eo qui accusatorem in criminibus corrupisset, satis aliis partibus juris caveretur: quod non item jus certum erat in privatis et pecuniariis actionibus quavis ex delicto proficiscentibus.

LI. Sed pactum in hac parte quomodo accipiamus, diligenter videndum est. Neque enim omnem placet accipi, qui quoquo modo pactus est. Quem igitur? Eum qui sine jussu judicis pretio interposito quantocunque pactus est de delicto crimineve, ut

reum procedere possit, quod et contra Cujac. 6. *Obs.* 11. et Rev. 4. *Var.* 6. adstruit Delrio *d. loc. n.* 59. *et seqq.* Quare exspectatur sententia, ad inurendam infamiæ notam. Quid enim si transactionem absolutio sequatur. Absurdum certe ex pacto notari, de cujus innocentia judicio constiterit. In privatis judiciis alia ratio, quia nulla superest, nec expectatur alia sententia, cum post pactum, lis de eo negocio, nec ab eodem, nec ab alio, moveri possit. Plane jure Saxonum super furto (quod eo jure capitale) aliove crimine, sub nota infamiæ, transigere vetitum *Lib.* 1. *Art.* 37. *et* 65. *et Lib.* 2. *Art.* 13. *Diff. jur. Civil. et Sax.* 34. *P.* 4.

(40) *L.* 4. *de jure fisci.* Metu enim pœnæ, et conscientia delicti, censetur pepigisse, cum non credatur suum indebite jactare Wesenb. *in Par. h. t. n.* 5. Freher. *Cap.* 8. *n.* 22. qui at hoc argumento concludit *ibid. n.* 24. *et Cap.* 12. *n.* 9. eum qui in caussa famosa jusjurandum calumniæ detrectat, exinde infamem fieri, quia et is pro confesso sit *L. un.* §. 7. *C. de jurej. pro cal.* Cum vero ratio illa *d. L.* 5. maxime autem rationis ratio, cuivis pactioni, etiam extra judicium initæ conveniat, recte Freher. *d. n.* 24. satis esse ad hoc quomodocunque confessus sit, etsi si pactio extra jus inita, confessio pro judiciali haberi nequeat. Quamvis Wesenb. *in Par. h. t. n.* 5. requiri litis contestationem scribat, ut quis ex pacto notetur, quod ante litis contestationem utique pactio licita sit *L.* 56. *L.* 58. §. *pen. D. L.* 13. *C. de furt. L.* 17. §. 1. *de pact.* Et quia nec vera confessio extrajudicialis, nedum præsumpta, ad damnationem sufficit. Cui consentit Klock. *in L. transigere P.* 3. *Cap.* 2. quia non temere hæc juncta edicto, *Damnatus pactusve*, quo innui volt, de ea solum pactione, quæ in judicio ante sententiam interponitur, Prætorem intelligi voluisse. Quos refellit *d. L.* 6. §. 3. *h. t.* verbis, *ne secum ageretur.* Ponitur ibi aperte pactio inita, ante litem ordinatam, et tamen (nisi gratuita sit, famosam esse inde colligitur. Sed et, quod hi non attendunt, plane diversa sunt paciscentem notari infamis, et pacta non valere. Quin imo in delictis privatis etiam post litis contestationem pactum semper valet ad hoc, ut reus actione liberetur, et ita accipiendæ *dd. LL. pluresque similes*, sed non ut fama integra servetur reo paciscenti. Nam et ubi infamia infligitur, pactio, vel transactio rata est, Valla *de Reb. dub. Tractat.* 17. *n.* 1. *et* 2. Freher. *d. Cap.* 8. *n.* 24. Delrio *in d. L. transigere n.* 167. Et quibus et ratio altera Wesenbecii concidit. Neque enim hujus fictæ confessionis ea vis, ut paciscens sententia judicis, in pœnam delicti condemnetur, sed lex ipsa, vel edictum, ignominia, pactionem notat, sine ulla judicis opera. Objic. At si honesta ratio redimendi sanguinis, etiam redimenda existimationis, cujus par cura habenda. Resp. Ant. Faber *ad d. L.* alia ratio vitæ, quam si redimere velit reus, quanticunque criminis, dignus cui ignoscatur. Est enim aliqua etiam improbissimi vita. At existimatio nulla est, nisi quam videri debeat amisisse. Eo

ab ejus actione aut accusatione discederetur. Qui (41) jussu prætoris quanvis pretio dato pactus est, placet jussu excusatum non notari. *L. furti*, *§. pactusve*, *de his qui not. infa.* Sic enim jussus magistratus obtemperantem crimine liberat. *L. quamquam*, in prin. *D. de aq. plu. arc.* omninoque recte dicetur, quemadmodum non caret dolo, qui imperio magistratus non obtemperat, ut est regula juris: *L. non potest dolo*, *D. de regul. jur.* ita contra carere dolo eum, qui obtemperet. Sed et qui sine pretio pactus est, ne secum ageretur, dum hoc precibus impetrat ab adversario; placet (42) eum non notari: inhumanum enim esset non esse veniæ locum: hoc item in *d. L. furti*, *§. pactusve*. Cui recte subjicitur *ibidem*, quod dicitur eum qui jurejurando delato (43) juravit se non deliquisse, non esse notatum. Est enim ei quod de gratis paciscente dictum est, plane consequens. Quod tamen prima facie potius valde alienum videri potuit. Agimus enim de eo qui in crimine famoso damnatus, pactusve est. At qui juravit, non condemnatur ejus delicti nomine, de quo juravit, sed absolvitur. *L. non damnatos*, *C. ex quib. caus. infa. irrog.* Sed nec de ejus pacto quidquam proponitur. Quid igitur qui juravit ad hunc locum? Nempe quia in ejus quoque jurejurando inest pactio, si juraverit, ut ab omni lite discedatur. *L. sed etsi*, 25. *L. qui jurasse*, in fin. *D. de jureju.* Hinc ergo quæstio, quoniam qui juravit de furto, pactus est, an non fiat infamis ex edicto, quod simpliciter etiam pactos notat. Et apte atque in loco monemur jurantem non ideo fieri infamem; quia etsi in eo jurejurando insit pactum; tamen qui ita pactus est, pactus est nullo pretio dato. Quomodo pactos negamus infamia notari. Omnes autem partes superioris definitionis commode complexa est una. *L. non damnatos*, *C. ex quib. caus. infa. irrog.* Ex quibus non minus intelligetur, quibus modis in hoc genere paciscendo vitetur infamia. Pacti species est transactio; certe non est transactio sine conventione. *L. 1. §. 1. D. de pact.* Proinde et qui de damno delicti transigit, non minus infamis fiet ex suprascriptis caussis. Indicat *d. L. non damnatos*, *C. ex quib. caus. infam. irrog.*

LII. Generibus superioribus infamium cognitis, habemus eas caussas, et cum caussis personas, quæ ex iis caussis notantur infamia. Quas cum certas et definitas posuerimus, intelligi oportebit neminem ex aliis caussis, neminem aliis judiciis sive damnatos, sive pactos infamia notari, quæcunque pœna iis irrogata fuerit, ut si fustibus cæsi sint. Declarant. *L. actus*, *de his qui not. infa. L. nemo. L. neminem*, *C. ex quib. caus. infa. irrog. L. cessat*, *D. de obl. et act.* Ex his caussis semel irrogata infamia (44) perpetua est, nisi si quis eo nomi-

enim ipso, quod deliquit, parvi fecit famam. Quare non debet Prætor plus indulgere ei, quam ipse sibi.

(41) Non quod edictum suum interpretari, et lenire Prætor ita videatur, ut Ant. Fab. *ad d. §.* 3. Neque enim famam edicto prætoris ablatam, Prætor ipse reddere potest, ut idem Faber. *ad L.* 1. *§.* 10. *de potest.* Sed quia confessio ejus fingi nequit, qui parere coactus. Ideoque jussus judicis in pœnis, juste excusat *L.* 167. *§.* 1. *de R. Jur. Cap. quod quis* 23. *eod. in* 6. Wes. *in Par. h. t. n.* 5. Freh. *Cap.* 8. *n.* 27. Unde ita transigentes, circumspectos esse, jubet Gail. 2. *Obs.* 102. *n.* 16. ut judicis ordinarii auctoritate transactiones ineant. Sed in Camera, denegari confirmationes transactionum in caussis injuriarum testatur. Putaverim vero rationis esse, ut non quælibet comprobatio transactionis, sponte partium prius initæ, hujus effectus sit, alias pœna legis posita erit in voluntate judicis. Sed jussus demum casibus iis, quibus ad compositionem partes compelli possunt, et ubi caussa anceps, et controversa vid. Frecher. *d. loc.*

(42) *L.* 18. *C. h. t.* Quia tunc reus nec suum jactat, nec aliud quid facit, unde suspicio delicti admissi oriatur. Quare præsumptio confessionis cessat. Unde in *L.* 4. *de. J. fisci* pacti ita demum pro confessis, si pretium dederint, Wes. *in Par. h. t. n.* 5. Freher. *Cap.* 8. *n.* 23. Delrio *ad L. transigere n.* 129. *et n.* 173. Ac etsi et hic pro confesso esset, ut esse putat A. Fab. *ad L.* 5. *et ad L.* 6. *§.* 3. *h. t.* quod nulla apertior confessio sit, quam si precibus quis impetret, cum non magis his, quam pretio egeat innocentia. Quia tamen offensus deprecatione demulsus, damnum, injuriamve, cum vindicta remisit, delictum fere pro infecto habetur, itaque plena venia reus potitur: belle Freher. *d. Cap.* 8. *n.* 24.

(43) Tradunt et alias cautelas evitandæ hoc casu infamiæ: veluti ut in transactionis instrumento declaret reus, se non conscientia delicti, sed odio litis, et ad evitanda illius impendia, et vexationes, pacisci, aliave caussa exprimatur, quæ præsumptionem confessionis excludat, Wes. *in Par. h. t. n.* 5. *p.* 165. Freher. *Cap.* 8. *n.* 27. Quod si simpliciter admittimus, via facilis parata juri huic fraudem faciendi. Quin igitur, ita demum infamia liberandus paciscens, si docere paratus, se non pro mala conscientia dedisse, sed studio litis fugiendæ, seu si innocentiam suam probare possit, arg. *L.* 18. *C. h. t.* Ant. Fab. *in L.* 5. *h. t.*

(44) Nec pœnitentia facti tollitur *L.* 43. *§.* 4. *de rit. nupt.* tametsi hic principis restitutio facilior impetratu *L.* 23. *§.* 1. *cir.*

ne restituatur in integrum, ab iis penes quos ejus rei potestas est. Recte restituit in integrum Princeps. *L.* 1. §. *deinde, D. de post.* ejusque restitutionis hæc vis est, ut quem ille se in integrum restituere dixit, is honoribus suis, et ordini, et omnibus cæteris restitutus intelligatur. *L.* 1. *C. de sent. pas.* Quibus verbis ei existimationem quæ ante restituti fuit, contineri perspicuum est.

LIII. Non idem continet admissi criminis gratia a principe facta, quæ (45) dicitur indulgentia in *L. ult. C. de gen. abol.* Hæc pœnam delicti solum remittens, cætera criminis incommoda et in his infamiam manere patitur: de qua proinde in *d. L. ult.* recte ita scriptum est: *Indulgentia, patres conscripti, quos liberat, notat: nec infamiam criminis tollit, sed pœnæ gratiam facit.* Restituebat et olim Romæ (46) Senatus. *d. L.* 1. §. *deinde, de post.* Restituit in integrum et magistratus; non tamen pro arbitrio et ex indulgentia, ut superiores: sed iis restitutionibus, quæ sunt ordina-

*med. C. de nupt.* Exceptio est in hæresi, vid. *Cap. præced. N.* 13. aut sublata caussa, ob quam contracta est, aboletur, Tiraq. *Tr. Cess. caussa lim.* 12. *n.* 12. Quin nec morte, quæ omnia solvere videtur, penitus aboletur, Plaut. *in Persa Act.* 3. *Sc.* 1.

*. . . . Hominum immortalis est infamia.*
*Etiam tum vivit cum esse credas mortuam.*

etsi effectus, qui personæ adhærent, cum eadem exstinguantur. Liberos vero et heredes non onerat, aut ab honoribus arcet *L. pen.* §. *pen. de decur.* Tametsi Plato *Dial.* 9. *de LL.* liberis opprobria parentum ferenda, voluit, si parens avus, vel proavus, capitis damnati. Exceptio in crimine perduellionis, ubi liberos infamia paterna comitatur *L.* 5. §. 1. *C. ad L. Jul. majest. Cap. felicis* 5. *nulli præterea de pœn. in* 6. tum quod in iis paterni criminis exempla metuantur. Ideoque illis omnes nervos, ad res novas moliendas præcidi debere, visum fuit. Tum ut parentes hoc ipsi supplicium in liberis luant, majusque eorum probrum post obitum maneat. Quo ipso alii a nefariis ejusmodi ausis deterriti, amiciores Reipublicæ redderentur, vid. Decian. *Lib.* 7. *Tr. crim. Cap.* 41. *n.* 18. *et seq.* Mercer. 2. *Opin.* 14. Scip. Gentil. 1. *de Conjur.* 1. *et Cap.* 3. *p.* 76. *et seqq.* P. Fab. 3. *Semestr.* 8. Rad. Forner. 3. *Rer. Quotid.* 17. P. Theoduric. *Disput. crim.* 5. *Th.* 6. *lit. K.* Bocer. *de Crim. læs. majest. Cap.* 3. *n.* 55. A quo tamen hodie benignius recessum est, vid. Pet. Theod. et ab eo alleg. *d. loc.* Non placet quod Freher. *Cap. ult. n.* 16. libertate, seu manumissione tolli infamiam, in servitute contractam, statuit. Nam immo servus, civili ratione, nec caput nec personam ullam habet. *L.* 3. *in fin. L.* 4. *de cap. min.* nec existimationem ullam *L. pen.* §. *ult. de extr. cog.* Et itaque ex admisso in servitute, notatur post libertatem *L.* 4. §. 3. *h. t.* cum ex delicto, etiam manumissus teneatur *L.* 4. *C. an serv. pro suo fac.* Nec obstat *L.* 24. *h. t.* vid. *Cap. præced. N.* 2. Quis vero personam afficit, eamque ceu lepra leprosum comitatur, effectus exserit, non tantum ubi contracta est, aut sententia dicta, sed ubique, et apud omnia tribunalia ligat, vid. Freher. *Cap.* 24. *n.* 7.

(45) Quod A. Fab. *in d.* §. 10. ad infamiam ex Senatusconsulto aliquo irrogatam restringit. Est autem hæc infamiæ abolitio, ex iis quæ propria supremæ majestatis. Nec qui superiorem profitentur, plenariæ restituendi jus habent, sed intra suas ditiones, si scilicet infamia jure communi inflicta. Secus si ex sua provinciali, vel municipali lege, vid. Freher. *Cap. ult. n.* 8. P. Goig. *P.* 2. *Q.* 22. *n.* 45. Papam vero, clericos qui de foro ecclesiæ sunt, famæ restituere posse, non laicos, nisi in terris sibi subjectis, scribit Ægid. Magister *Decis. de appell. ab abusu Cap.* 8. *n.* 2. Caussas, ex quibus hanc gratiam pollicentur principes, pete ex *L.* 1. §. 2. *de L. Jul. amb. L.* 23. §. 1. vers. *præsenti C. de nupt. L.* 4. *C. ad SC. Tertyl. Nov.* 22. *Cap.* 22. §. 1. Freber. *d. Cap. ult. n.* 10. qui vereor, ut recte addat *L.* 5. §. *ultim. de re mil.* Nam ex ea caussa, de qua ibi, parci potest transfugæ, non a principe tantum, sed et a judice. Eaque res facit ne condemnetur, ut ita infamia irroganda vitetur: non autem maculosa nota vitiatæ opinionis abstergatur. Atque ita restituto omnis macula direpta, neque vocabulum inhonestum ei de cætero inhæret, ut verba sunt *d. L.* 23. §. 1. *cir. fin.* Quare objici ei exinde crimen infamiæ nequit, ut in formula restitutionis apud Cassiodor. 3. *Variar.* 46. Freber. *d. Cap. ult. n.* 10. *et sequent.* Tametsi aliqua litura maneat ac infamia, quæ vulgo facti dicitur, Duaren. *h. t. Cap.* 2. vid. *supra Cap.* 6. *N.* 9.

(46) *L.* 7. *C. de sent. pass. et restit.* Pac. 2. *Quæst.* 17. Freber. *Cap. ult. n.* 13. Obstat tamen *L. ultim.* §. *ult. C. d. t.* ubi *indulgentiæ restitutio*, dicitur *bonorum, et dignitatis* ( multo magis famæ) *uno nomine amissorum omnium recuperatio*, in qua referre videretur utrum princeps solo indulgentiæ, aut æquipollenti verbo usus sit: an dicat se restituere, etsi absolute, non adjecto ad famam, vel ad omnia, quia hæc vis verbi restituere *L.* 75. *de V. S. L.* 173. §. 1. *de R. I.* Confer. Gail. 2. *de Pa. publ.* 19. Plane, et tacite, infamiam remittere princeps videtur, si famosum sciens ad officium promoveat, cujus capax non est, nisi cui honor illibatus. Freber. *d. Cap. ult. n.* 14. *et seq.* Quod facilius obtinebit, si munus illud perpetuum. Secus Princeps dispensasse tantum videtur, et habilem effecisse ad exsequendum commissa, ut si judicem in caussa certa dederit, vid. *supra Lib.* 17. *Cap.* 24. *N.* 10.

riæ jurisdictionis: ut, si minorem prius damnatum in integrum restituat, puta quia se non recte defenderit: hoc item in *d. L.* 1. §. *deinde, de post.* Infamia constituta, quæretur effectus: de eo initio hujus tractationis diximus.

## CAP. IX.

De procuratoribus: seu de iis qui alieno nomine agere vel actionem excipere possint. Horum usus quam necessarius; quæ de procuratoribus quæstiones: horum usus quatenus receptus jure.

*Trānsitio.* I.
*Qui procuratorum nomine significentur hoc loco. Et hi quomodo a defensoribus distinguantur.* II.
*Propositum et methodus auctoris.* III.
*Procuratorum necessaria opera atque usus ostenditur.* IV.
*Jus de procuratoribus constitutum quatuor constare capitibus, seu quæstionibus, et quæ sint.* V.
*Initio procuratorem alienæ litis fuisse nullum; deinde adversus jus summum ex utilitate publica procuratores ubique receptos.* VI. VII. VIII.
*Contrariis occurritur.* IX. X.
*Quibus finibus contineatur procuratoris dandi potestas. Quinque spectari in ista oportere, et quæ.* XI.

I. Et de advocatis hactenus. Nam quæ secuta postea tractatio est de infamibus, ea per occasionem inde nata eo etiam potissimum refertur. Huc enim præcipue spectavit, ut quoniam infames aut omnino non postulant, aut non postulant, nisi pro certis personis, ideo sciremus infamibus cognitis, quinam essent ii, qui hoc nomine postulare, seu advocati officio fungi non possent. Advocatis proximi sunt procuratores, quibus et ipsis similiter in judiciis utimur, opera sæpe non minus utili et necessaria, quam advocatorum. Hinc titulis de postulando et de advocatis conjuncti tituli de procuratoribus, cum in Pandectis, tum in Codice.

II. Procuratores in usu juris proprie vocamus eos, qui negotia aliena mandatu domini administrant (1) *L.* 1. *D. de procur.* quo ex usu non sunt procuratores, qui sine mandatu domini negotia ejus administrant. Nunc hoc verbo in lite generaliter omnes intelligi volo, qui sunt id, quod etymologia verbi indicat, id est, qui alienam litem quoquo modo procurant, sive mandatu domini id faciant, sive sine mandato: quod genus sunt qui necessitate aliqua muneris rem gerunt, ut (2) tutores, curatores, syndici, seu civitatis actores; aut qui suapte voluntate ad alienam litem accedunt sine mandato. Non quia has appellationes confundi velim, quas ad usum juris maxime distinctas esse oportet: sed ut significem sub appellatione una procuratorum litis agere nos de omnibus, qui alieno nomine actionem vel movent, vel ex-

(1) Quam ita exponit Duar. *h. t. Cap.* 1. *Administrat*, genus competens etiam Syndico, tutori, curatori, negocia extra judicium vel in eo (et ita quascunque lites hoc verbum suo ambitu complectitur, ut vel hinc refellatur A. Fab. volens, *negocii* verbum non convenire actioni reali, vid. *supra Lib.* 17. *Cap.* 18. *N.* 14.) *aliena*; non si sua, etsi alterius consilio, vel suasu *L.* 5. §. *ult. Mand.* Et hæc etiam tractat Procurator in rem suam, etsi ad suum commodum. Wesem. *Par. h. t. n.* 3. A. Fab. *ad L.* 1. *h. t.* vid. *infra Cap.* 11. Tametsi hunc æquivoce Procuratorem dici, et in statutis, nomine Procuratoris non venire velint. Cæsar. Contard. *in L. diffamari Cap.* 4. *n.* 162. *et seqq.* Gifan. *ad L.* 1. *h. t. n.* 22. Io. Bapt. Asin. *Praxi jud.* §. 28. *Cap.* 4. Trentac. *Lib.* 2. *Pract. Resol. Tit. de Procurat. n.* 2. Schrad. *de Feud. P.* 10. *Sect.* 18. *n.* 5. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 23. *n.* 10. *et seq. et Cap.* 39. *n.* 9. *et* 9. excipiens, nisi statutum favorabile: *mandato* ad differentiam negocii gestoris (cujus 9. ab hoc differentias tradit Gifan. *ad Rubr. D. h. t. n.* 61. *et seqq.*) addit quod Procuratoris nomen est juris; negocii gestoris facti, gestionem ipsam, non jus faciendi demonstrans. Ant. Fab. *ad L.* 1. *h. t. domini*, ad discrimen tutoris, et curatoris, qui auctoritate dantis, scilicet testatoris, legis, magistratus.

(2) Plures vero adeoque 19. differentias tutoris a Procuratore percenset Gifan. *in Rub. D. h. t. n.* 34. *et seqq.* Ex quibus reliquæ alterius, illæ hujus loci, quod Tutor agens non præstat cautionem judicatum solvi, *infra Cap.* 13. *n.* 38. Quod condemnato tutore, actio judicati datur in pupillum *L.* 2. *pr. de admin.* Quod mulier tutelam liberorum recta suscipit, non item procurationem litium. Et quod tutor, actorem ad litem constituere potest.

cipiunt, quocunque jure id faciant, ad quos etiam edictum prætoris licet de procuratoribus inscriptum pertinet. *L. servum.* 33. §. *ult. D. de proc.* Hi in inscriptione tituli *de procuratoribus D.* ita distinguuntur, ut quidam dicantur procuratores, alii defensores: sic enim est inscriptio, *de procuratoribus et defensoribus.* Ubi procuratores defensoribus oppositos necesse est intelligi procuratores ad agendum datos, verbo generis ad speciem contracto: (3) defensores autem sunt, qui ad defendendum reum, et excipiendam ejus actionem, vel dantur, vel specie accedunt.

III. Ut de advocatis certæ leges sunt, quas in adhibendis, eorumque opera servari oporteat: ita et in procuratoribus: in quibus legibus versatur jus de procuratoribus constitutum, quod nunc quærimus. Ac de eo paulo post. Ante de procuratorum usu paucis monendi videmur, quam sit necessarius litigatoribus; ne forte eo usu non cognito supervacuum videatur, magnopere laborare in jure de procuratoribus cognoscendo, quibus non egeamus.

IV. Est vero, inquit Ulpianus, *usus procuratoris perquam necessarius: ut qui rebus suis superesse vel nolunt, vel non possunt, per alios possunt vel agere vel conveniri.* Hoc in *L.* 1. in fin. *D. de proc.* Sic res habet, ut ei qui per se non agat judicio, aut per se non defendatur, necesse sit multis modis rem perire, si non agenti aut non defenso suo nomine procuratorem aut defensorem habere non licet, cujus opera ad easdem res utatur. Sic enim eveniet, ut creditori actiones tempore exeant, aut debitores interim fiant non solvendo; rei qui nihil debent vel condemnentur absentes lite jam ante cum his contestata, vel ante litem contestatam, indefensi bonorum possessionem aut etiam distractionem patiantur. Quæ remedia sunt adversus indefensos constituta. *L. item*, §. *hæc autem*, *D. quib. ex caus. mai. L.* 1. *D. de neg. gest.* Et tamen nondum propterea procuratoris usus necessarius. Quid enim si dominus per se agere potuit, et debuit, cum nulla justa caussa esset, cur nollet? Recte objicietur illi culpa, quod per se non egerit: atque hoc modo etiam recte dicetur non fuisse procuratorem illi necessarium ad superiora conservanda, quæ facile et commode per se salva habere potuerit sine procuratore. Tunc ergo vere procuratorem domino necessarium esse dixeris, cum non potest dominus nisi procuratore dato jus suum judicio salvum habere, aut non potest commode et ex animi sententia. Quod duobus temporibus contingit: si aut per se agere non possit; aut cum posset, caussa sit cur nolit. Atqui horum utrumque varie hominibus accidit. Unde et totidem modis eveniet, ut necessarium sit ei qui jus suum judicio persequi aut tueri velit, adhibere ad eas res procuratorem. Cur non possint homines ipsi per se rem suam exsequi, impediuntur variis casibus alias valetudine, ut qui diuturno morbo laborant; alias ætate; ut pueri, senes, præsertim valetudinarii: alias necessaria peregrinatione aut alia quavis justa absentia: ut plurimum occupationibus tum publicis tum privatis quæ omitti non possint: indicantur hæc *Inst. de his per quos ag. poss.* Nec minus justæ caussæ sunt, cur cum possint homines, nolint tamen per se agere. Interdum per se agere non expedit, interdum non est honestum, sæpe etiam merito grave et molestum. Non expedit, ut, si agatur adversus aliquem famosa actione, ubi condemnationem, et ex condemnatione infamiam metuat. Hic, inquam, non expedit per se actionem suscipere, ubi ita agendo periculum infamiæ subeas. Utile contra actione a se remota procuratorem ad defendendum dare, ubi hoc dato infamiam vites, ut fieri proximo capite in secundo genere infamium diximus. *L. furti*, §. 1. *D. de his qui not. inf.* Non expedit etiam rerum forensium imperitis, qui non intelligentes quid jus et mos judiciorum postulet, sæpe male agendo bonam caussam imperitia sua evertunt. Parum honestum videtur per se agere viris gravioribus et honestioribus, ubi agentes cogantur assidue in foro versari contendendi caussa; ex quo nascatur illis sycophantarum nomen, aut certe eorum, qui avide lites sequantur. Multoque magis idem turpe

(3) Nam et defensor recte dicitur, qui mandatum habet *L.* 10. *Jud. solvi. L.* 12. *C. h. t. L.* 34. §. 1. *de jurej.* etsi specialius defensor, denotet eum, qui sine mandato absentem defendit *L.* 51. *L.* 61. *L.* 64. *L.* 76. *h. t.* Præsertim ubi Procuratori opponitur, Elb. Leonin. 1. *Emend.* 15. *n.* 2. *ut L.* 9. §. 6. *L.* 34. §. 3. *de jurej. L.* 2. *in fin. L.* 6. *ad SC. Vell. L.* 13. §. *pen. de pig. L.* 6. *Rem. rat. hab. L.* 18. §. *ult. de castr. pecul.* Nam qui ex mandato defendit, ipseque Procurator usu juris dicitur *L.* 8. §. *ult. L.* 2. verbis *ab utraque parte C. h. t. d. L.* 10. *Jud. solv. L. pen.* §. 1. *de publ. jud.* Confer Gifan. *ad P.* 2. *Rub. D. h. t.* et Suerin. *Rep. Lect. Cap.* 12.

fœminis, præsertim si sint matronæ paulo honestiores, quibus in judiciis et conventibus virorum citra nonnullam contumeliam matronalis pudoris versari non licet. *L. maritus*, *C. de proc.* Ut nihil aliud; certe grave est et molestum agentem terere fori subsellia, expectare conveniendi judicis locum, cum advocatis et pragmaticis agendi opportunitates; his interdum infra dignitatem supplicem venire; graves sæpe repulsas pati, et alia innumera ferre, quæ secum adfert litis tuendæ diligens cura. Quas molestias plerique priusquam suscipiant, quidvis optent in se depacisci. Atque his etiam de caussis non minus certum periculum propositum est juris sui admittendi dominis qui agere nolent, nisi procuratore ad persequendum aut defendendum jure uti possint. Ita in his omnibus et superioribus apperet, quam sit necessarius usus procuratoris. Quem dum homines quærunt, fit etiam omnino, ut ad jus de hoc genere constitutum necessario revocemur. De quo jam dicam, quando nos in ea cognitione tam non frustra versari apparet.

V. Jus de procuratoribus ad ea quæ de his quæruntur, ut in cæteris caussis accommodatum est. Quatuor autem de procuratoribus quæruntur, totidem partes juris de procuratoribus constituti. Primum pertinet ad adversarium, cui procurator objicitur. In quo quæritur, an invito adversario procurator dari possit: an eo invito possit defensor intervenire, et quatenus. In quo de potestate dandi procuratoris quæri apparet. Secundum pertinet ad procuratorem. In quo quæritur, an quisquam procurationem delatam suscipere cogatur: si non suscipere, an saltem cogatur in suscepta perseverare, et quousque cogatur susceptam litem persequi. In quo quæritur de necessitate hujus muneris suscipiendi, et suscepti tuendi. Tertium spectat ad dominum litis. In quo quæritur, an qui dedit procuratorem, datum mutare pro arbitrio possit, et presertim litis contestatione jam dominum effectum. Quartum et postremum communiter ad dominum et procuratorem pertinet. In quo quæritur de effectu procurationis: et, sive vincat procurator, sive vincatur, an et quatenus id factum domino prosit, aut noceat: et num quidnam etiam prosit aut noceat procuratori.

VI. In his natura prima quæstio est, an invito adversario procuratorem dare liceat, an invito eo possit quisquam defensor intervenire. Nam si non potest, nullus futurus est procurator: quo admisso simul etiam reliqua omnis de procuratoribus quæstio tollitur. Quare et de eo primo loco dicendum est. Summa autem hæc est: ab initio procuratorem alienæ litis invito adversario intervenire non potuisse: quia nemo scilicet cum eo, cum quo nihil negotii interpositum haberet, quidquam gerere aut judicio contendere cogeretur. Inde vix primo receptum esse, ut quis agere posset pro populo, pro (4) libertate, pro tutela. Receptum tamen esse, sed (5) singulari favore tum personarum, tum caussæ. Permissum etiam postea *L. Hortensia* furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent, aut Reipublicæ caussa abessent, quive in eorum, cujus tutela essent: nempe eodem personarum favore. Sed cum nimis magnam incommoditatem haberet carere usu procuratorum, per quos agere, aut conveniri possemus, homines victos hujus juris incommoditatibus quæsivisse procuratores: sic tandem obtinuisse, ut liceret per procuratores litigare, sive quis per eos agere vellet, sive defendi: quæ summa est Tituli *Instit. de his per quos ag. poss.* Sed huic juri non pauca opponuntur; quæ breviter diluemus, ut hic non tantum jus, sed etiam hujus juris ratio et æquitas nobis sit constituta.

VII. Primum repugnat juris de actio-

(4) In caussa liberali, sive ex servitute, ad libertatem proclamaret, sive ex hac, in servitutem revocaretur, assertor necessarius erat, qui litem susciperet, cum ipse, cui status controversia erat, agere non posset, totque erant assertiones, quoties caussa liberalis repeteretur *tit. C. de assert. toll. Pollet.* 3. *Hist. fori* 15. Et hic differebat a Procuratore, quod sine mandato ultro afferebat in libertatem, caussamque suo periculo agebat *L.* 1. *et* 2. *C. Th. de lib. Cap.* Unde et mortuo homine, tenebatur actione pœnali, Paul. 5. *Sent.* 1. §. *post susceptum* 5. Gifan. *ad Rub. D. h. t. n.* 57. *et seqq.*

(5) Quin jure 12. tabul. nullos Procuratores fuisse, inde probat Hotom. *in pr. I. de his per quos ag. Enunc.* 2. Pollet. 2. *Hist. fori* 1. *sub. fin.* quod nec in jus vocatum morbus ætasve, quo minus ipse venire cogeretur, aut eo deportaretur, excusaret, vid. A. Gell. 20. *Noct.* 1. Sed et apud Græcos non licuisse procuratorio nomine agere ex Quintilian. *Lib.* 2. *Cap.* 16. Pollet. *d. Lib.* 2. *Cap.* 5. Hotom. *d. loc.* Apud Francos item olim actori, per Procuratorem comparere non licuit, nisi speciali Regis permissu, Damhuder. *Praxi civili Cap.* 84. *n.* 4.

nibus constituti ratio, quominus quisquam reus cum procuratore ab actore dato contendere cogatur, si nolit. Sic enim sunt actiones in personam jure constitutæ, ut certis personis tribuantur adversus certas personas: si ex contractu sunt; ei qui contraxit, adversus eum, cum quo contractum: si ex delicto adversus eum qui deliquit, ei cui nocitum est. §. 1. *Instit. de act.* Atqui procurator ad agendum datus non contraxit cum reo, et si ex delicti caussa agitur, nihil ei nocitum est. Quare caussa actionis procuratori detracta, non potest procuratori ulla esse actio adversus reum: eoque nec procurator quisquam cum invito reo judicio experiri. Adde rationem æquitatis. Libertas civium hæc postulat, ut nemo cum alio quidquam contrahere aut gerere cogatur in rebus etiam et commerciis utilibus et nulla lite implicitis. *L. nec emere, C. de jur. delib.* Quanto minus cogi debet quisquam cum alio cum quo nihil gessit, judicio contendere? Accedit ad hanc æquitatem, quod multa incidere possunt, quæ quis metuat in procuratore. Quid enim si sit homo litigiosus et vafer, ut non videatur ex bona fide rem acturus? Ne cum tali sibi res sit, videtur reus honeste postulare. Sed nec omnis procurator ita in re domini instructus esse potest, ut omnia norit, quæ cum domino gesta sunt. Ex quo hoc incommodum, ut necesse sit rem per eum difficilius et tardius expediri: cum si dominus per se ageret, is et facto controverso ut suo, omnia facile respondere et statim posset. Nec ad rem si dicatur procurator vir esse bonus, et in re de qua agitur optime instructum esse, aut in tempore et sine mora esse posse. Nam ad eum defugiendum propter superiores satis esse debeat dici reum ista metuere. Non enim præscribi debet domino in re sua cur quid metuat: cum multa sint, cur metuere possit, aut debeat: ut bene scriptum est in *L. 4. D. ad Treb.*

VIII. Adversus quæ omnia una defensio est; hæc ita esse summo jure: sed adversus ea receptos esse procuratores, dum vitatur incommoditas nimia, quæ sequebatur denegatum procuratorum usum. De quo Justinianus scribit *Inst. de his per quos ag. poss.* his verbis: *sed quia hoc non minimam incommoditatem habebat: quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat, cœperunt homines per procuratores litigare.* Quod plane nihil est, quam receptum id esse (6) contra jus summum utilitatis publicæ caussa: pro qua multa jure civili contra rationem disputandi recepta esse disserit, et probat Julianus in *L. ita vulneratus*, circa fin. *D. ad leg. Aquil.* Et recte: hujus enim utilitatis caussa maxime jus constitutum est. Unde et Horatius hanc justi et æqui matrem vocat *lib. 1. Sermon. saty.* 3.

*.... sensus, moresque repugnant,*
*Atque ipsa utilitas justi prope mater*
*et æqui.*

Fatendum quidem est nonnihil incommodi esse in eo, si dominus ipse non agat judicio, aut dominus ipse non respondet adversario ob eas caussas, quas supra dixi. Sed hæc molestia est magis, quam incommodum. Nam quisquis aget sive dominus, sive domini procurator, semper reus certum habet quid respondeat: nec cogitur aliud respondere, quam quod responderet

(6) Contra directi juris rationem, cum antiquitus alieno nomine lege agere nemo posset *L.* 123. *de R. I.* ait Hotom. 6. *Obs.* 16. Sed. *d. L.* 123. non de litibus, sed legis actionibus loquitur, Ant. Fab. *ad L.* 1. §. 2. *h. t.* deque actibus iis, qui nec odie per alium expediuntur, Gifan. *in d.* §. 2. *n.* 35. Nec placet quod P. Fab. *in L.* 95. *de R. I. fol.* 441. scribit, aut illi regulæ hodie locum non esse, aut ita accipiendam, ut cum lex alteri, vel alterius nomine actionem, defensionemve non imponat, invito vel ignorante creditore, alius ipsius nomine litem contestari nequeat. Itemque, ut invito debitore alius non recte judicium, ipsius nomine suscipiat. Sensim autem hanc licentiam invaluisse, et primo arctioribus constrictam finibus, docet locus *Lib.* 2. *ad Herenn. Ex æquo et bono* (institutum) *ut major* 60. *annis, et cui morbus caussa est cognitorem det.* Quando vero ex necessaria, aliave caussa judicio adesse impeditus, teneatur mittere Procuratorem, maxime si impedimentum longius etc. tractat Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. Tit. de Procurat. Resol.* 13. Et quando per caussarium nuncium, ut Budæus vocat, *in forensibus* vel excusatorem caussæ absentiæ docere possint, Chil. Konig. *Process. P.* 1. *T. Bon. den Excusatoren p.* 167. *et seq.* Sic enim excusatorem a defensore distinguunt, quod ille absentiæ, hic caussæ, seu innocentiæ caussas alleget, Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 20. *n.* 1. Hic judicium in se suscipit, ille non item, Bover. *Sing.* 28. *n.* 1. Et ut excusatores absentiæ, etiam minor, et fœmina admittuntur, per *L.* 33. §. 2. *h. tit.* verbis *a quibuscunque* Sichar. *ad L.* 2. *C. h. t. n.* 6. Farinac. *Quæst. crimin.* 99. *n.* 286. De quibus fusius P. Rebuff. *in Constit. Reg. Fran. Tr. de Excusatoribus* et Damhuder. *Praxi civili Cap.* 75.

domino. Et actor adversus rei defensorem semper certum habet, quid petat, nec ullus procurator potest illi actionem suam mutare aut minuere. Quod si quis in mutatione personarum aliquod incommodum esse concedet: tamen incommodum est ejusmodi, adversus quod, procuratore inducto, potest diligenti adversario cautum esse sine ejus injuria. At denegare facultatem per alios agendi, multo majorem incommoditatem habet, sed et eam, adversus quam nulla re cautum esse potest ei, cui procuratore aut defensore uti non licebit. Hoc enim semel admisso, ut non liceat, tam multis modis futurum est, ut jus non agentis aut indefensi lædatur, quam multis fieri supra diximus, ut procuratorum usus sit necessarius. Æquum autem fuit, ut summum jus cedit utilitati communi, ita et in utilitatibus minorem cedere majori.

IX. Sed tamen usu procuratorum propter utilitatem adversus invitum adversarium recepto, non videmur effugere posse, quin huic juri principia quædam juris certi eaque non dubia adversentur: de quibus etiam respondebo. Primum ex definitione actionis hoc constat neminem judicio adversus alium experiri posse, qui actionem non habet. Nam si actio est jus persequendi judicio, recte dicturi sumus, quemadmodum si quis actionem habet, eum judicio persequendi jus habere: ita contra si quis actionem non habeat: eum judicio quid persequi adversus alium non posse. Atqui procurator adversus eum cum quo agit, actionem non habet: desunt enim procuratori eæ caussæ, quæ actionem pariunt: quod contraxit, quod ei nocitum est. §. 1. *Inst. de act.* Quare procurator adversus invitum judicio experiri non potest. Respondeo; procurator actionem non habet, nempe propriam et suo jure; sed habet mandatam. Hanc mandatu domini recte exercet etiam adversus invitos, quia jus mandatam actionem confirmat. Est autem id jus, quod constitutum est de procuratoribus recipiendis. Nam concedere alicui, dare procuratorem ad litem, nihil aliud est, quam concedere illi mandare alteri actionem suam exercendam.

X. Rursum objicietur, et juris et æquitatis rationem facere, ut nemo cum alio contrahere, et contrahendo ei obligari invitus cogatur. *L. sicut, C. de obl. et act. L. nec emere, C. de jur. del. L.* 6. in princ. *D. de acq. her.* Ac si quis reus cum procuratore actoris judicio experiri cogitur, idem cogitur procuratori, cui nolit, obligari invitus. Nam judicio contrahitur sicut stipulatione. *L.* 3. *§. idem scribit, D. de pecul.* Non ergo reum quemquam ista ratione dictatum a procuratore judicium invitum suscipere cogendum. Respondeo, quod dicitur neminem cogi cum alio contrahere, et ei obligari: sic intelligendum est, ut non cogatur ab initio, ubi scilicet nondum alii sit obligatus. Quod si quis semel alicui obligari cœperit, idem cogitur postea vel invitus judicio cum creditore suo contrahere; eique hoc modo de integro obligari. Judicio enim cum eo agi potest, idque redditur etiam in invitum. *L. inter*, §. 1. *D. de verbor. oblig.* Ac judicio contrahi jam ante diximus. Ita prior obligatio sponte contracta secum trahit sequentem judicii obligationem. Quod si reus domino litis isto modo obligari cogitur, non est iniquum eum eodem modo et procuratori obligari: quia dominus per procuratorem agendo, ipse agere videtur. *L.* 5. §. 1. *D. de adm. tut.* Nec quis hic metuat, ne reo fiat injuria, quia alii cum quo nihil gesserit unquam obligetur. Sic enim directa judicati actio ita ex stipulatu et cautionibus acquiritur procuratori, ut hæc non noceat reo. Nam et domino acquiritur utilis, qua ille solus experiri potest, directa penitus tollenda: quo fit, ut si procurator directa agat, exceptione possit summoveri. *L. in caussis*, 27. in fin. *L. si procurator, seq. D. de proc.* Bene igitur et utiliter procuratores in lite dandi potestas jure constituta est; constituta propter utilitatem bene cum reliquis partibus juris congruit, dum quod domino per se agenti tribuitur, hoc idem propter dominum tribuitur ejus procuratori. Sed meminerimus jus benigne receptum esse, dum scilicet præter rationem summi juris recipitur propter utilitatem: ut proinde et sine cujusquam injuria recipi oportuerit. *L. nec avus, C. de emanc. lib.* Quod et factum est; dum jure licet procuratorem dare hactenus, quod ejus sine fraude Reipublicæ, et adversarii injuria fiat.

XI. Hac de caussa non simpliciter et prout libet, licet cuivis procuratorem dare; sed hæc potestas certis finibus inclusa est: dum hoc solum agitur, ut procuratoris datio injuria careat: quod intra eos fines consistenti futurum est: extra ut est injuria, ita procurator non admittitur. Fines ergo hi sunt, ut neque in omni caussa liceat procuratorem dare; nec quivis possit procurator vel defensor dari; nec ut plurimum intervenire possit sine domini mandato;

nec sine iis præstationibus quæ re exigente omnem damni metum amoveant adversario; neque plures procuratores dari possint. Ita in potestate dandi procuratoris quinque hæc spectanda sunt, pro quorum conditione aut procurator admitti potest, aut jure repudiari: caussa de qua agitur; persona procuratoris dati; mandatum domini; idoneæ ad indemnitatem præstationes; tum numerus datorum.

## CAP. X.

### Quibus in caussis procurator dari possit, et defensor intervenire.

*An quælibet caussa procuratorem admittat.* *Caussa aut criminalis aut pecuniaria.* I.
*Pecuniaria procuratorem recipit a quocunque, de cujus re agatur.* II.
*Sive filio, sive servo.* III.
*Sive sit illa privata, seu popularis.* IV.
*Si popularis actio, in qua de privata re non agatur: quæ in dando procuratore tenenda distinctio; et quæ distinctionis ratio.* V.
*Quæ privata actio procuratorem fere non admittat; et quatenus admittat interdum.* VI.
*Num interveniente procuratore sit in privatis caussis aliquando necessaria litigatoris persona.* VII.
*Criminalis caussa aut publici aut privati judicii.* VIII.
Prior *illa procuratorem respuit cum ad agendum, tum ad defendendum, et quare.* IX.
*Tamen eadem in absente reo excusandæ absentiæ vel innocentiæ caussa defensorem admittit.* X.
Posterior *altera in accusatore procuratorem abnuit; in defensore non omnino. Et quomodo hic distinguendum.* XI.
*Exceptio, et hæc qualis.* XII.

I. Non omnis caussa per procuratorem aut defensorem agi potest, quia non potest sine adversarii injuria. Omnis caussa aut pecuniaria est, aut criminalis.

II. Pecuniaria omnis, una excepta, recte recipit procuratorem et ad agendum et ad defendendum, dum is qui dat de privato damno et pecunia agat: traditum diserte in *L. ult. C. de procur.* Nec quæremus, quis sit is qui dat procuratorem. Quisquis actionem habet vel utilem suo nomine, recte in ea procuratorem dabit. Exemplo sunt filiusfamilias et servus.

III. Filiusfamilias in caussis ad peculium ejus profecticium pertinentibus vix unquam actionem habet: habet tamen interdum; sed ita, si necessitas urgeat, ut agat ipse; alioqui impune injuriam et damnum passurus. Sed et eam habet utilem et extraordinariam *L. si longius*, §. 1. *D. de jud. L. cum filiusfamilias, D. si cert. pet.* Placet tamen si quando illi concedetur hoc genus actionis, posse et in eo procuratorem dare. *L. filiusfamilias*, in prin. *D. de proc.* Servus adeo ipse quibus in caussis de statu suo litigare ei concessum est, (1) poterit procuratorem dare. *L. servum*, 33. in prin. *D. de proc.*

IV. Sed nec interest, pecuniaria actio privata sit an popularis, dum in ea de privato actoris damno agatur. Itaque etiam in populari actione placet eum, qui de via publica agit, et privato damno ex prohibitione afficitur, quasi privatæ actionis dare posse procuratorem, multoque magis daturum ad sepulchri violati actionem eum, ad quem ea res pertineat: hoc in *L. licet*, 42. *D. de proc.*

V. Quod si de privato actoris damno non agetur, quales sunt populares actiones ex edicto de his qui dejecerint vel effuderint, quæ commemorantur in *L.* 5. §. *hæc autem*, et §. *ult. D. eo. tit.* in his hæc distinctio est veterum, ut qui agit, procuratorem in ea dare non possit: qui convenitur, semper possit. *d. L. licet, de proc. L. qui populari, D. de pop. act.* Utrumque optima ratione, quæ ex superiore definitione ducitur. Nam si quis populari actione eget, neque

(1) Etsi ex possessione servitutis se in libertatem vindicet *d.* §. 1. quia post litem de statu ordinatam, pro libero habetur *L.* 24. *D. L.* 14. *C. de lib. cap. L.* 12. *Ex quib. cu. major.* Quod tamen intelligunt de aliis caussis, et ad alia judicia: Ad ipsum enim judicium liberale hoc casu, nec olim verius Procurator intervenire poterat, sed assertor, vid. *Cap. præced. N.* 4. nec hodie potest, si quis ex servitute ad libertatem prosilierit, sed tantum si ex possessione libertatis, ad servitutem ducatur, ut *L.* 1. *princ. C. de assert. toll.* Gifan. *in d. L.* 33. §. 1. Pac. 2. *Quæst.* 39. Menoch. *Arb. Quæst.* 79. *n.* 18. Dissent. Ant. Faber *ad d. L.* 33. §. 1.

certat de damno privato, non ideo procuratorem dare non potest, quia caussa non admittat procuratorem; sed quia non est is, qui possit dare. Nam si procurator est is solum, qui mandatu domini negotia ejus administrat, *L.* 1. *de proc.* non potest ullus procurator intelligi, nisi a domino datus. At qui popularem actionem exercet, de privato damno non agens, is actionis popularis dominus non est. Unde dicitur, qui actionem popularem habet, non intelligi esse locupletior. *L. pen. D. de pop. act.* Qui vero convenitur hac actione; semper (2) convenitur de re pecuniaque sua: condemnatus enim, non de pecunia publica, sed de suo dependere cogitur, sive id actoris damnum est, sive pœna, cujus prosecutio sit publice omnibus adversus eum constituta.

VI. Una caussa hic excepta est, interdictum seu in factum actio de liberis exhibendis ducendisve. Visum est hanc actionem a patre per procuratorem agi non posse, nisi in caussa cognita, atque his conditionibus duabus, si et nominatim procuratori mandatum fit, et pater valetudine vel alia justa caussa impediatur: hoc in *L. Pomponius*, 40. in princ. *D. de procu.* Ergo si pater nulla re impediatur, quominus ipse agat de liberis suis ducendis, de eo per procuratorem agere non poterit. Hoc ideo, quod eum ad minuendam liberi hominis et civis Romani (3) libertatem pertineat, eum pro imperio peti ad exhibitionem et ductionem; non temere hujus rei petitio cuiquam permittenda fuerit, nisi ei cui pro potestate hominem ducere, et in eum qui duceretur, statuere potuerit, quod solus pater, qui filium in potestate habet, potest facere.

VII. In cæteris caussis privatis etsi procurator generaliter dari potest eum ad agendum, tum ad defendendum: tamen una hic cautio tenenda est, quæ significatur in *d. L. ult.* in fin. *C. de procur.* ut si qua pars litis incidet ejusmodi, in qua ob justam et vehementiorem caussam videatur litigator ipse per se respondere debere, possit is (4) a magno judice cogi adesse, et respondere. Justam caussam hic accipiemus si aut de jurejurando litigatoris apud judicem præstando agatur, aut de facto obscuriore, cujus veritas facile erui non possit, nisi ex rei ipsius vultu et sermone: ut pleraque indicia ex his rebus duci constat. *L. de minore*, *§. penult. D. de quæst.* Magnum judicem intelligere debemus, qui imperium habet et jus multæ dicendæ; ut scilicet si vocatus venire recuset, multari possit, et multa indicta cogi. Certe eum magnum judicem recte dixerimus, cui publici judicii potestas est. Atqui huic soli datur multæ dicendæ jus, quo jure ad cogendum nec obedientem litigatorem opus est. *L.* 2. *§. ult. D. de jud.*

VIII. In criminalibus caussis ita e diverso jus est, ut hic nusquam fere procuratorem dare liceat. Id criminum genera indicabunt. Crimen omne aut est judicii publici, aut privati. Judicii publici sunt ea, quæ re-

(2) Ant. Fab. *ad d. L.* 42. *princ.* Reus hic propriam rem tuetur, dominique jure utitur, nec interest ejus, populi, an privati nomine, conveniatur. Actor vero si ejus nihil intersit, alieno nomine, scilicet populi, agit, cujus Procurator est, a quo tacitum quasi mandatum habere videtur (quod tamen cum grano salis accipiendum. Neque enim in omnibus Procuratori similis est *L.* 43. §. 2. *h. tit.*). Alia ratio Fabri: Quis contra bonos mores ut qui populi Procurator esse noluit, in eodem negocio agat procuratorem privati. Et Cujacii *ad d. L.* 42. *in Lib.* 8. *Pauli ad Edictum etc.* Gifan. *ibid. n.* 3. quia frustra agit nomine alieno, qui potest proprio, cum hæ actiones cuivis competant.

(3) Wesenb. *in Par. h. tit. n.* 5. *in fin.* Gifan. *in d. L.* 40. *pr.* addens, hic non agi quidem, ast attingi caussam status. Quæ ratio tanti non est. Neque enim probatur in caussis status ex parte actoris procuratorem non admitti. Ex *d.* vero *L.* 40. *pr.* colligunt quidam, in petitione arresti, speciale mandatum requiri. Quod non omnino admittit Petr. Peck *de Jure sistendi C.* 3. *n.* 3.

(4) Gifan. *in d. L.* 26. *n.* 3. maximum judicem, ibi esse magistratum, ac eo verbo distingui a judice minore, subdelegato, seu pedaneo. Quod vix probabile videtur. Ipsius vero principalis præsentiam exigi non posse, nisi præcedentibus judiciis, ne auferatur ei jus Procuratorem mittendi, vult Anton. Rosell. *inter Cons.* Cœpollæ *crim. Cons.* 46. *n.* 5. Quin potius maximus judex *in d. L.* 26. ipse imperator, quem et Aristides *Orat. de laudib. Romæ* vocat δικαστὴν μέγαν, ὃν οὐποθὲς ὠδὶν ἐκφεύγει τῶν δικαίων, Phil. Berter. *Pithanon Diatriba* 1. *Cap.* 7. Plane, ex *d. L.* 26. vulgo inferunt, in caussis arduis, et gravioribus Procuratorem non admitti, quod criminalibus æquiparentur, cujusmodi et matrimoniales esse volunt: Jac. Ayrer. *alias Process. P.* 1. *Cap.* 5. *Obs.* 2. *n.* 11. *et seqq.* Sed hæ non respuunt Procuratorem, licet mandatum speciale requirant, ut *infra Cap.* 12. *N.* 33. Quin imo et in caussa adulterii si agatur ad separationem, in foro ecclesiastico Procurator admittitur *Cap.* 5. *ext. h. t.* Menoch. *Arb. Q.* 80. *n.* 172. Farinac. *Q. crim.* 79. *n.* 12.

feruntur in *L. 1. D. de pub. judic.* cætera judicii privati. In his de potestate procuratoris dandi sic jus est.

IX. *Ad crimen judicii publici persequendum frustra* (5) *procurator intervenit, multo magis ad defendendum.* Papiniani defini-



(5) *C. absens* 18. *cau. Q.* 9. *Cap. in criminalibus* 2. *ca.* 5. *Q.* 3. *C. veniens* 20. *de accus. L. ult. §. adeo autem* 1. *C. Ubi Senat. vel clar.* Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 7. *n.* 12. Ac nonnulli indistincte statuunt, etsi pœna relegatione minor, ac etsi pecuniaria sit, Duar. *h. t. Cap.* 6. Farinac. *Q. crim.* 99. *n.* 3. scribens majorem esse prohibitionem ex parte accusatoris, quam rei. Contra tamen si pecuniaria, alii communius. Schrard. *de Feud. P.* 10. *Sect.* 18. *n.* 82. *et seqq.* tum *per L.* 1. *cir. fin.* vers. *idemque erit D. An per al. ca. app.* tum quia inscriptio in crimen, tunc necessaria non est. *L. ult. de privat. delict.* Menoch. *Arb. Q.* 80. *n.* 9. Quod in caussa publici judicii pecuniaria facilius admittetur post litem contestatam. Antea enim frustra alieno nomine se admitti postulat, qui potest proprio. Nisi accusator pro quo intervenit, prosequatur proprium interesse, Farin. *d. n.* 3. aut suam, suorumve injuriam, Wes. *in Par. h. t. n.* 5. Et nisi pro alio, inque caussa graviori, ex qua pœna arqui solet, usque ad relegationem *d. L.* 1. caussas absentiæ alleget, ne de calumnia damnetur *L.* 10. *de publ. judic.* Jure vero Saxonico ex parte accusatoris indistincte admittitur, cum eo jure, pœnæ talionis locus non sit, sed sumptuum refusioni, et mulctæ pecuniariæ, Wesenb. *d. n.* 5. Reusner. *Lib.* 3. *Cons.* 3. *n.* 18. *et seqq.* Itemque ex usu fori etiam in locis ubi viget jus commune, ex quo solemnitas inscriptionis in desuetudinem abjit, Gail. 1. *de pa. publ.* 10. *n.* 7. Covar. 2. *Var. Resol. n.* 1. Sigism. Saccasia *Lib.* 1. *de Judic. causs. civil. crim. et hæret. Cap.* 101. *n.* 44. Alciat. 9. *Parerg.* 8. Farinac. *d. Q.* 99. *n.* 6. (Diss. quodammodo Menoch. *Q.* 79. *n.* 5.) Accedit Ord. criminalis Caroli V. Artic. 12. in verbis *Sol der Anklager oder sein Gewalthaber etc.* Reusner. *d. Cons.* 3. *n.* 15. *et seq.* Rauchbar. *P.* 1. *Quæst.* 7. *n.* 3. Gilan. *in LL.* 33. §. 3. *h. t. n.* 12. addens: quia plerunque accusatores hodie publicæ personæ. Quoad reum vero, res variis dissensionibus agitata, mirisque, si ulla alia, tricis hæc quæstio involuta. Ut facile liquet ex iis, quæ de ea tractant Cujac. 20. *Observ.* 20. Robert. 1. *Sent.* 2. Vult. 1. *Discept.* 11. Parlador. 1. *Rer. Quotid.* 20. Clar. 5. *Sent. §. fin. Q.* 32. Gail. 1. *de Pac. publ.* 10. Rauchbar. *P.* 1. *Quæst.* 7. Godofr. a Bavo *Tr. Reatuum Q.* 8. Io. Aut. Rub. *Tr. de Potest. Procur. in Cap. crim.* Lancell. Conrad. *de Off. prætoris in causs. crim. Rub. de comparitione inquisitorum.* Virgil. Pingitz. *Ill. Q.* 16. Farinac. *Quæst. crim.* 99. Menoch. *Arb. Q.* 80. Cæpolla *Cons. crim.* 40. *et Cons.* 45. aliique decem σύγχρονοι ejusdem in eadem caussa consulti, quorum Responsa inserta *ibid. Cons.* 10. *seqq.* Ac mihi sane perlectis, exactoque (si quid in me exactum est) judicio, perpensis horum auctorum traditis, post multam cogitationem, qui aliquanto, quam alias soleo, longius hisce immoratus sum, ita tandem, ut infra postquam bis terve chartæ tradita litura induxi et cancellavi, statuere juris rationi, legumque in specie pugnantium sententiæ, congruum visum est. Prius vero hic interseram, quid communius probatum, usuve fori obtinere perhibeatur, ut et quatenus is conveniens juris rationi, vel discrepans, detur perspicere. Summa vero distinctionis communius receptæ, teste Claro. *d. Q.* 32. *§. hæc autem.* Farinac. *d. Quæst.* 99. *n.* 66. *et seqq.* Bonifac. de Vitalinis *Lib.* 1. *de Malef. Cap.* 5. *n.* 3. *et n.* 26. Jo. Aut. Rub. *d. Tr. de Potest. Process. in crimin. n.* 279. et passim Rauchbar. *d. Q.* 7. *n.* 17. hæc: Admittitur Procurator, vel defensor, etiam quoad merita caussæ ad plenam defensionem, in caussa ex qua pœna vel levior relegatione, ut pecuniaria. Etsi enim Parlador. *d. Cap.* 20. *n.* 4. idem esse ut arceatur Procurator, si relegatione mitior pœna: Ac etsi Don. *h. Cap. infra* hanc distinctionem in privatis criminibus tantum admittat, ac Duar. *hoc tit. Cap.* 6. idem esse, statuat, in criminali judicio, ubi pecuniaria pœna, ut *L. un. de ambitu*, quia regula *d. L. pen. de publ. judic.* generalis. Et alia regula, quæ in pecuniariis admitti vult Procuratores, accipienda sit de caussis, in quibus pecunia parti, non fisco applicatur: Proinde nullam criminalem hoc argumento pecuniariam esse, quod pecunia non ad rem familiarem pertineat. Etsi denique huic opinioni non temere accedat, post Rub. *d. Tr. n.* 41. Menoch. *d. Q.* 80. *n.* 5. *et seqq. et n.* 132. Contraria tamen receptior Farinac. *d. Q.* 99. *n.* 76. *et n.* 90. nec diffitetur Menoch. *d. loc.* ab ea, ceu mitiori judicando recedi non debere. Quam et obtinere volunt, etsi pœna criminis ejus, jure communi capitalis, municipali lege, aut consuetudine in pecuniariam conversa, (sicuti exempli gratia hodie in adulterio Lubecensium *Lib.* 4. *Tit.* 6. et Hamburgensium *Parte* 4. *Artic.* 29. aliarumque civitatum imperialium, plerarumque statutis, nec probis, nec probandis) ut pœnæ quantitas magis spectetur, quam origo, aut qualitas delicti, vid. Farinac. *d. loc. n.* 97. Menoch. *n.* 17. *et seq. et n.* 149. *et seq.* Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 19. *n.* 10. Quod si vero in defectum pecuniariæ, imponatur corporalis, siquidem jure communi, ex vulgata regula: Qui non habet in ære etc. expeditum putant. Sin autem speciali lege, inspiciendum volunt, anne pecuniaria a reo facile haberi possit, ut ad corporalem devaniendum non sit, ut si reus dives habeatur, si fide ussores det Procurator de pecunia solvenda, in casum, quo victus erit. Sed et alia hic spectari debere censent, de quibus vid. Petr. Gerard. *Singul.* 63. *n.* 2. Menoch. *d. loc. n.* 19. *et seqq. et n.* 145. *et seq* Farinac. *n.* 77. *et seqq.* Ac etsi pariter infamia sequatur damnatum *d. L.* 1. *An per al. ap.* Aliud tamen vult Menoch. *n.* 77. *et seq.* si infamia principaliter, vel sola ex ea caussa

tio est, quæ exstat in *L. pen. §. ult. D. de pub. judic.* Non potest procurator intervenire ad crimen judicii publici persequendum duabus de caussis. Primum omnis qui ju-

inuratur, tum quia morti comparatur, ideoque relegatione major pœna, tum ne judicium elusorium redderetur, cum per Procuratorem damnatus infamis fieri non possit, *supra Cap.* 8. *N.* 35. Quanquam cum hoc casu jus in ipsum reum sententiam ferri permittat: *L. ult. C. de injur.* id forsan restringendum ad pœnam ignominiosam; quæ præsentiam rei requirit, Farin. *n.* 22. ut cum mitra dehonestatus, in publicum producitur, quo exemplo utitur Menochius, aut cum moribus nostris numella collum innodatus præ foribus templi, aliove loco omnium oculis publicatur, et prostituitur, *Vuird an den Pranger gestelt.* ut *Cap. statuimus* 2. *de maled.* Nov. *Elect. Sax.* 1. *Par.* 4. Vel ipsa relegatio. Nam et hic admitti receptius est, ut plurium testimoniis comprobat Farin. *d. loc. n.* 67. etsi non temere contra sentiant Rob. Fachin. Menoch. etc. de quo infra in expositione nostræ sententiæ. Ac etsi Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 17. *n.* 7. admittat tantum in relegatione temporali, non vero in perpetua, quæ deportationi affinis sit, ejusdemque effectus. Si vero pœna relegatione gravior, ut Deportatio, Farinac. *d. loc. n.* 44. et probat *d. L.* 1. *An per al. app.* junct. *L.* 103. *d. V. S.* Bannum perpetuum, unde civitas perditur, Bened. de Banzis *inter Cons. crim.* Zilletti 91. *Tom.* 1. Carceris perpetui Menoch. *n.* 81. Farinac. *n.* 46. et quævis corporalis, Menoch. *n.* 13. etsi levior, ut fustigatio, Farinac. *n.* 21. Etsi ea non absolute statuta delicto, sed arbitraria, quando arbitrium judicis huc extendi potest, Farinac. *n.* 23. Menoch. *n.* 65. Ancharan. *Cons.* 272. Idque ratione dubii eventus, cum solam potentiam, et aptitudinem, ut loquuntur, ad imponendam hanc sufficere velint Farinac. *n.* 33. NON ADMITTITUR. Unde idem statuunt, si disjunctim pœnam lex imponat vel pecuniariam, vel corporalem, quoties electio judicis, vel accusatoris, Farinac. *n.* 32. *et* 34. *ac seq.* Menoch. *n.* 66. *et seqq.* Si vero accusati electio, tunc demum admittunt Procuratorem, si is pecuniariam elegerit, quam et eo ipso tacite eligere vult Menoch. *n.* 71. quod Procuratorem admitti petit. Sed Farinac. *n.* 37. nec posse eligi a reo corporalem pœnam præ altera, cum membrorum suorum dominus non sit. Multoque magis iidem, si conjunctim indicta pœna, et corporalis, et pecuniaria, Farinac. *n.* 39. Menoch. *n.* 53. *et seqq.* non admitti volunt, sive publicum crimen, sive privatum, Farin. *n.* 20. Etsi procedatur per inquisitionem etiam jure canonico, Farin. *n.* 9. Quamvis Cœpol. *Cons. crim.* 40. *n.* 12. *et seq.* in caussa inquisitionis admittere Canonistas, scribat, nisi crimen enorme sit. Aliud vero si ex caussa per se capitali civiliter (ut potest, Rauchbar. *pag.* 10. *Q.* 2. *n.* 13. *et seqq.*) agatur, Rauchbar *pag.* 1. *Q.* 7. *n.* 9. item si caussa criminalis incidat in civili, Godofr. a Bavo *Tract. Reatuum Q.* 8. *n.* 7. Pro Reo ac ejus nomine. Aliud si suo nomine, ac pro eo quod sua interest. Sive pecuniariter intersit, ut si uxor ratione dotis, filii ratione legitimæ, cum Lex eam relinquit, bonis confiscatis, Tessaur. *Decis.* 265. *n.* 17. Si ex lege vel statuto pro delicto filii, ad condemnationem aliquam teneatur pater. Tunc enim admitti non solum ut defensorem, sed et si velit in se recipere judicium pro suo interesse, post Bartol. *in Cap. veniens* 20. *de accus.* Cœpolla *Cons. crim.* 40. *n.* 15. add. Farinac. *d. Q.* 99. *n.* 154. ubi *n.* 155. idem statuit in creditore interveniente, pro debitore suo, ne capitaliter damnatus, solvendo esse desinat. Sic servum accusatum dominus, vel per se, vel per Procuratorem suum recte defendit *L.* 9. *C. de accus. L.* 9. *L.* 11. *de public. judic.* quia caussa domini est ob pretium servi, qui in bonis habetur. Forcat. *in d. L.* 2. *n.* 3. Sive ratione affectionis. Sic admitti volunt patrem, filium, conjugem, abbatem pro monacho, episcopum pro clerico, dominum pro vasallo, universitatem pro civi, de quo Menoch. *n.* 97. *et seqq.* Farinac. *n.* 154. *et seqq.* qui non obscure *n.* 158. hoc sibi non usquequaque probari, quo admisso vix dari poterit reus, pro qua non aliquis intervenire possit. In specie vero quoad patrem ita tradunt ac pluribus firmant Cœpolla *Cons. crim.* 45. *n.* 4. *et seq.* Laurent. de Palazolis *inter. Cons.* Cœpollæ 48. Modestus Palenton. *inter ead. Cons.* 54. Godofr. a Bavo *Tr. Reatuum Q.* 8. *n.* 9. *et seqq.* Arumæ. *Lib.* 1. *Decis.* 7. *n.* 23. *et seqq.* Quia cum eadem persona jure filius cum patre habeatur, seipsum defendere videatur, Cœpolla et Palenton *d. loc.* Quæ ratio specialis non conveniens, nisi cum filius in sacris paternis constitutus. Alii autem insuper ratione nimiæ affectionis moventur iidem, ob quam et caussa propria ducitur *L.* 2. *§. ult. Quand. appell.* Quin et si pro filio, qui ad servitutem trahitur, atque ita in caussa liberali audiendus pater, ut *L.* 1. *et seqq. de lib. cap.* magis pro eo qui ad mortem ducitur, cui servitus comparatur. Arumæ. *d. loc.* Qui et statuit *n.* 47. non tam defensorem esse hunc patrem, quam propriæ caussæ actorem. Ideoque si parens succumbat, id non nocere filio, verum hunc caussam redintegrare posse. *ibid. n.* 51. Quanquam Cœpolla *d. Cons.* 45. *n.* 5. Godofr. a Bavo *d. loc.* et alii, quos citat Farinac. *n.* 164. Patrem non aliter admitti velint quam præstita cautione de sistendo filio reo, in casu sententiæ adversæ, ne fiat elusoria. Quod tamen menti aliorum, qui absolute patrem admittunt, non convenire, ait Farin. *ibid. n.* 165. ABSENTE. Aliud in præsente, et incarcerato, de quo Farinac. *n.* 134. *et seqq.* id receptius perhibens, præterquam in tribus articulis *ibid. n.* 139. ad sententiam nimirum, contestationem litis aliumve actum, in quo reus interrogatus respondere debet, et actum torturæ. Add. Scaccia *Lib.* 1. *de judic. caus. civil, etc.* 101. *n.* 44. Sed et Menoch. *n.* 35. *et seqq.* ubi interrogationi-

**dicio publico quem accusat, ita se in crimen inscribere debet, ut sciat calumniantem ad idem supplicium vŏcari. *L. ult. C. de acc.* Facile autem pœnam hanc conte-**

bus respondendum, judicis arbitrii esse vult, an Procurator audiri debeat, si forte reus fatuus vel imprudens. Sed nihil hic speciale esse, el immo minus licere præsenti patebit ex iis, quæ infra. An totam Causam, Farinac. *n.* 171. ut scilicet judicium ex mandato, et nomine rei suscipiat, exceptiones non alias solum, sed et ipsum crimen concernentes opponat, probationes accusatoris, vel iudicis (in inquisitione) elidat, contrarias instituat etc. atque in his omnibus principali suo tam nocere, quam prodesse possit. Et nec casibus iis, quibus contra absentem procedi, ac sententia ferri poteat. Menoch. *d. Q.* 80. *n.* 135. *et n.* 132. (quod *infra* reprobabitur). Ac nec si accusatus abesse cœperit lite contestata, Farinac. *d. Q.* 99. *n.* 131. ubi distinctionem contrariam Martini glossatoris antiqui passim reprobari scribit: quam et refellit Modest. Palenton. *inter Cons. crim.* Cœpollæ *Cons.* 47. *n.* 3. Quin imo nec si post publicatas attestationes liquidato jam negocio, Gomez. *in L. Tauri* 77. *n.* 1. Adeo ut si parte vel judice non opponente admissus Procurator, processum judicii nullum statuant, Wurmaer *Tit.* 5. *Obs.* 5. *et Obs.* 11. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 21. *n.* 5. *et seqq.* ex receptiori opinione, quia sit, cum vitæ suæ prodigo nulli esse liceat, ideo nec capitis sui defensionem alteri committere. Quid enim si per incuriam Procuratoris, accusatus condemnatus. Ac jus simpliciter admitti Procuratorem hic vetat, judicique negatur facultas hæc in re Procuratorem recipiendi *Cap. veniens* 15. *de accus.* ac probat tandem Farinac. *n.* 243, *in fin.* Contra Chilian. Konig. *Process. P.* 1. *Tit. de Procur. pag.* 120. Guido Papæ *Cons.* 24. *n.* 6. et quos citat Farinac. *d. loc. n.* 242. qui et ipsi suam opinionem communem vocant. Neque exceptio in persone minoris, vel pupilli doli capacis. Nam una cum tutore, vel curatore ipse adesse debet, Farinac. *n.* 15. *et seq.* Menoch. *n.* 103. *L. clarum* 5. *C. de auct. præstanda.* Neque in consorte litis. Sic enim usu servari, etsi multis contra visum sit, testatur Farinac. *n.* 132. *et seq.* add. Trentacinq. 2. *Pract. Resol.* 7. *n.* 11. Rosbach. *Process. Tit.* 17. *n.* 6. Menoch. *d. Q.* 80. *n.* 107. Nec in conjuncta persona *L.* 2. *C. h. t.* arg. a contrario ubi Sich. *n.* 4. P. Gerard. de Petrasancta *Singul.* 63. *n.* 1. Farinac. *d. Q.* 99. *n.* 7. Quod juxta hujus mentem intelligendum sit nomine alieno, ut conjunctus se velit admitti. Secus si pater pro filio accusato nomine proprio adsit, ut *supra*. Est vero exceptio una in universitate accusata, cujus nomine Syndicus respondet, Menoch. 105. Farinac. *n.* 148. Josep. Cumia *Practica Syndicatus C.* 17. *n.* 54. Gail. *de Pa. publ.* 9. *n.* 3. et probat *L.* 18. §. 2. *in fin. C. de re milit. Lib.* 12. *tit.* 36. Et alia quando mortuo facinoroso, proceditur ad damnandam memoriam defuncti, ut in crimine majestatis et hæresi, God. a Bavo *d. Q.* 8. *n.* 13. Farinac. *d. loc. n.* 210. admitti scribens non filios solum, et quorum interest memoriam non damnari, sed et iis deficientibus, alios, et Menoch. *n.* 173. *et seq.* ac recte. Ex necessitate huc devenitur, cum se ipse, qui non est amplius, defendere nequeat. Alias cujusvis defuncti existimatio, et bona, calumniis subjacerent, si non hic plenaria defensio (atque ita non tantum innocentiæ excusatio, per probationem negativæ) defuncti concederetur. Admitti vero non tantum excusatorem contumaciæ, Ad Causas absentiæ allegandas, de quo regulariter inter omnes convenit, per *L.* 10. *pen. de publ. judic.* Adeo ut hoc non admisso, si caussæ, quas adducere volebat, justæ; processum et sententiam ipso jure nullam statuant Farinac. *d. Q.* 99. *n.* 294. *et seq.* Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 17. *n.* 9. Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 20. *n.* 5. Quæ si necessariæ, ac facti quæ omnino impediunt etiam volentem, ut quia in carceribus alibi detentus, ægrotus etc. admittitur quoque sine mandato, Farinac. in *n.* 280. etiam qui jure a Procuratione arcetur, ut fœmina, miles, infamis, Farinac. *n.* 286. Menoch. *n.* 89. vid. *not. C. præc. sub fin.* ut nec judicatum solvi nec judicio sisti, nec de rato satisdet, Vasq. *d. C.* 17. *n.* 8. Farinac. *n.* 285. sed cogitur juramentum malitiæ præstare idem *n.* 294. Si vero caussæ probabiles ut suspecti itineris, loci non tuti pestiferi, quia his reus renunciare potest, non nisi cum mandato, quod necesse sit, ut de ejus voluntate constet. Item si juris et voluntariæ, ut quod judex incompetens, Laur. de Palazolis inter *Cons. crim.* Cœpollæ 48. *sub. si* et quos citat Farinac. *d. n.* 280. Sed contra sibi placere, quoad illas ostendit Farinac. *n.* 281. nec temere, quia cum non adsit ipse reus, dubium prædictum cessat. Quoad has vero restringit, nisi notoriæ sint, ac de iis ex actis constet *n.* 282. Dominic. Quirin. inter *Cons. Crim.* Zilletti 16. *n.* 6. *Tom.* 2. ac nisi satisdationem offerat, quæ vices mandati supplet, Farinac. *n.* 283. Sed et ad aliquos actus maxime judicii substantiam et merita caussæ non concernentes. Ut exceptiones dilatorias vel declinatorias, quæ crimen propositum non contingunt, ut præscriptio fori, et quæ ex judicis, accusatorisve inhabilitate, libelli ineptitudine etc. vid. Farinac. *n.* 238. et *seqq.* Bertazol. *Cons. crim.* 137. *n.* 4. tradens admitti, quoties exceptio objecta separatim a crimine examinatur, nec ad id excludendum venit, Duar. *h. t. C.* 6. *in fi.* Chil. Konig. *Process. h. t. pag.* 2. 47. *P.* 1. Gail. 1 *de Pac. publ.* 10. *n.* 16. Et sic admittitur ante litem contestatam, sed non ad totam litem; nec exceptione rejecta, judicium suscipere potest: Aliud si exceptio principalem caussam concernat, etsi dilatoris, Modest. Palenton. inter *Cons.* Cœpollæ 45. *n.* 5. Menoch. *d. Q.* 80. *n.* 112. Admitti item si aliquid particulare agere velit, veluti testes, et probationes producere, Bart. Jos. de Belhantibus inter *Cons.* Zilletti 80. *n.* 4. Sed contra Konig. *Process. pag.* 120.

mnet accusator, si ei licebit crimen perse- qui per procuratorem. Id enim faciet absens.

et quos citat Farinac. *n.* 172. ubi priorem opinionem probat, si contra absentem procedi possit; posteriorem si nequeat. Quo faciunt quæ sequuntur. Et denique quoties absens damnari potest, *L.* 33. §. 2. *h. t.* sive jure communi. Cujusmodi casus tres Gomez. *in L. Tauri* 76. *n.* 7. quinque vero refert Menoch. *n.* 139. *et seqq.* 1.° Si non pœna relegatione gravior *L.* 5. *de pœn.* Sed hic casus pertinet ad priorem regulæ partem, quæ affirmativa. 2.° in specie *L.* 4. §. *ult. de sicar.* qui spadones fecisse arguuntur: 3.° apparitores perfidi *L.* 21. *C. de pœn.* Sed et hic casus ad priorem partem referendus, cum pœna videatur amotio ab officio, et ademptio bonorum *L.* 5. *de exact. tribut. L.* 10. *tit.* 19. 4.° rei majestatis *extravag. ad reprimendum Henrici VII.* quæ habetur post usus feudorum. 5.° Rei hæreseos *C. cum contumacia de hæret. in* 6. sive municipali vigore statutorum, vel consuetudinis, Farinac. *d. Q.* 99. *n.* 124. Gail. 2. *Pa. publ.* 8. *n.* 6. et qui mox allegati. Cujusmodi statuta per totam fere Italiam, Vasq. 2. *Contr. usu. freq.* 17. *n.* 4. Et generalem consuetudinem vocat ut absens ex contumacia pro confesso sit, Flamin. Chartar. *de Exsec. senten. contumac.* 1. *n.* 9. *et seqq.* Nec absimilis juris Saxonici processus, ut *infra* versic. *sicuti et in*, ut et juris regii Hispanorum, Gomez. *in L. Tauri* 76. *n.* 8. ADMITTI defensorem innocentiæ *d. L.* 33. §. 2. Ac quidem quod UT DEFENSOR admittatur DD. omnes uno ore consentire scribit Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 20. *n.* 16. ac indubitatam conclusionem vocat; quod admittatur quilibet ex populo ad probandam innocentiam, Bapt. Io. de Belbantibus inter *Cons. crim.* Zilletti 80. *n.* 1. Flamin. Chartar. *d. Tr. de Exsec. sent. contum. in Præfat. n.* 39. *et seqq.* Et si vero de hoc non uno modo varient DD. de quo Farinac. *n.* 230. *et seqq.* receptius tamen videtur, quod tantum audiatur, ut defensor, seu instructor et informator veritatis. Cujus officium ut judici assistat, super innocentia rei eum instruat, ejus caussas alleget, probationes offerat Parlad. *d. C.* 20. *n.* 8. *et seqq.* Gail. 2. *de Pa. publ.* 8. *n.* 6. Rosb. *Process. Tit.* 13. *n.* 15. Cœpol. *Cons. crim.* 40. *n.* 7. *et seqq. et Cons.* 45. *n.* 9. *et seqq.* Modest. Palent. inter *Cons. crim.* Cœpollæ *Cons.* 47. *n.* 10. Ant. Rosell. inter *ead. Cons.* 46. *n.* 8. qui similem esse assistenti judicio, ubi collusio suspecta, ut *L.* 29. *pr. de inoff. test.* et ad hoc quemvis etiam alias inhabilem admitti. Et Ang. de Castro inter *ead. Cons.* 50. *n.* 3. qui communem hanc esse testatur, et Tomas Doccius inter *Cons. crim.* Zilletti 76. *n.* 3. *et* 4. *Tom.* 1. Quod vero sic ut minimum audiri debeat, liquido probant. 1.° Quia etiam si nullus pro defensione rei interveniat, judicis tamen officii est, veritatem modis omnibus, quibus potest investigare, *Auth. qui semel* ibi *et perquisita veritate C. Quomodo et quan. jud. Cap. judicantem ult. Cap.* 30. *Q.* 5. et de innocentia rei inquirere *L.* 19. *de pœn.* etiam cum altro de maleficio fatetur *L.* 1. §. *ult. de quæstion.*

Parlad. *d. loc. n.* 10. Cœpolla *d. Cons.* 40. *n.* 11. *et Cons.* 45. *n.* 9. *et* 10. lo. Fichar. *Cons. Lat.* 66. *n.* 3. Doccius *d. loc.* plenius Farin. *d. Q.* 99. *n.* 232. scite Palenton. *d. n.* 10. *pag.* 165. Quanto magis igitur, ubi non vere fassus, sed pro confesso habetur. Uti hic quando absens definitive damnatur, id fit ob tacitam, et fictam confessionem, Ang. de Castro *d. Cons.* 50. *n.* 3. Atque ita ex præsumptione juris quæ necesse est ut veritati, ac probationi contrariæ cedat *L.* 137. §. 2. *in fin. de V. O.* 2.° Paria sunt abesse, et præsentem non respondere, eademque contumaciæ pœna *L.* 11. §. 4. *de interr. in jure fac.* At pro eo qui præsens non defenditur, quilibet innocentiam probaturus admittitur *L.* 19. *de pœn.* etsi ipse perire festinet *L.* 6. *D. de appell.* Cœpolla *d. Cons.* 45. *n.* 10. 3.° Licet exactius constare posset de maleficio, vel innocentia rei, si ipse adesset, tamen cum non possit hoc modo veritatem habere judex, debet velle eo modo quo potest, ait Aug. de Castro *d. Cons.* 50. *n.* 3. Quæ ratio egregie illustrata a nobis; *infra* vers. *nam etsi satius.* Et ut Palenton. *d. Cons.* 47. *n.* 7. *et seq.* rationi quæ præsentiam rei requirit; quæ ex *L.* 10. §. *pœn. de quæstion.* petitur, locus tunc cum simpliciter factum negat, ubi necesse est de eo, ab accusatore vel judice inquirente, illum convinci. Hic vero defensor suscipiens ipse probationem ad evitandum judicii onus, audiendus. Et tendit hæc allegatio innocentiæ (ait) ad exclusionem processus. Quocirca ex DD. sententia, auditur pro reo interveniens ad probationem negativæ, ut quod non ab accusato occisus, quia is eo tempore alibi fuerit, si hoc non requirat examen exactius, Farinac. *d. Q.* 99. *Ampl.* 19. *n.* 61. Item ad allegandam qualitatem occisi vel impunitatem delicti, veluti quod bannitus occisus, qui jure potuerit, aut uxor in adulterio deprehensa, Menoch. *d. Q.* 80. *n.* 177. Bertazol. *Cons. crim.* 137. *n.* 3. Laur. de Palazolis inter *Cons. crim.* Cœpollæ *Cons.* 48. *n.* 3. (qui idem statuit si alius probare velit, quod defendendi caussa occiderit reus: de quo et Farinac. *d. Q.* 99. *limit.* 31.) Vinc. de Franch. *Decis.* 314. Seu ut Rhetorum more loquar (quæ mens horum DD. videtur) quando status non est conjecturalis, an fecerit postulatus reus quod arguitur, sed juridicialis an recte. Sic et defensorio nomine recte allegari, quod necatus, non ex vulnere mortuus, sic vult Cœpolla *Consultat. crimin.* 45. *n.* 2. quod et hic rationes præsentiæ cessent, cum hæc non consistant in facto accusati, de quo convenit, quod vulneraverit, sed in aliis etc. add. Farinac. *d. Q.* 99. *lim.* 30. *n.* 185. Atque hunc defensorem non onerari cautione judicio sisti; nec judicatum solvi Parlad. *d. C.* 20. *n.* 13. Nec nocere posse ei, pro quo intervenit, sed prodesse, Cœpolla *Cons. crim.* 45. *n.* 12. ut scilicet absolvatur, et nec contumacia, ceu ficta confessio plectatur pœna delicti ordinaria. Non autem effugere alias contumaciæ pœnas, Parlad. *d. lo. n.* 12. Non vero UT PROCURATOR ad merita caussæ, super

**Nihil autem facilius absenti, quam se judicio et pœnæ subducere cum injuria Reipu-**

eluenda, repellendave criminatione; ut non tantum judicem instruere aut pro negativa, et innocentiæ rationes proferre, sed et pro affirmativa probationes ab accusante, vel inquirente exigere, prolatas diluere possit. Menoch. *d. Quæst.* 80. *n.* 137. Farinac. *d. Quæst.* 99. *limit.* 43. *n.* 230. *et seqq.* et omnes jam citati *dd. locis*. Et sic, quod etsi possit definitive absens condemnari, adhuc non admittatur Procurator, omnes contra Dynum sentire, scribit Bald. Perusin. *de Statutis.* v. *obsens. n.* 2. Et testatur Sigism. Scaccia *Lib.* 1. *de judic. caus. civil. crim. et hæret. Cap.* 101. *n.* 44. vers. *amplia.* his verbis: Ita semper practicatus sum, et vidi practicari, et nunquam audivi, vel vidi contrarium servatum fuisse. Discrimen inde putant: 1.° Quia sic ipsi accusato expedit, ne nocere defensor male procedendo possit, sed tantum prodesse. 2.° Quia sic dispositio statuti volentis contumaciam accusati, damnu condemnationis coerceri, eluderetur. Procuratore enim admisso non esset contumax qui abest, proinde nec pro confesso haberetur, raroque damnationi locus fieret, quia Procurator semper negaret contenta inquisitionis, vel accusationis. Et probatio injungeretur judici, vel accusatori difficilior utique futura, quam si reus adesset *per d. L.* 10. *§. ul. de quæstion.* ita Parlad. *d. C.* 20. *n.* 12. Thomas Docems inter *Cons. crimin.* Ziletti 76. *n.* 5. Quæ difficultates cessant, si ut instructor veritatis recipitur. Quia enim ex contumacia, ceu ficta confessione rei, fundata est intentio accusantis, vel inquirentis, ea nisi adversa probatione elidatur, condemnatio sequitur. Cujus executio, quanvis in persona absentis contingere statim nequeat, postea tamen si quandoque revertatur aut judex eo potiatur, fiet sine nova sententia, in persona rei, et interea in bonis, Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 17. *n.* 4. In Francia, in absentis damnati effigiem animadvertitur, eaque publice in loco supplicii expensa manet, Anne Rober. 1. *Rer. judic.* 10. *pag.* 186. Accedit 3.° quod Procurator rei satisdat judicatum solvi *infra C.* 13. *n.* 34. Hic vero nec ipse potest, quia adstringeret se ad pœnam corporalem, quod non licet, neque dominus pro eo exponere cautionem potest. Menoch. *d. Q.* 80. *n.* 135. Plane si quod habeat mandatum ab accusato, qui se ut instructorem veritatis admitti postulat, non ideo minus admittetur, neque obstabit ei, quod sit Procurator, sed perinde, ut quivis alius de populo carens mandato, Laur. de Palazolis inter *Cons. crim.* Cœpollæ *Cons.* 48. *n.* 4. Ant. de Rosell. inter *ead. Cons.* 46. *n.* 4. qui sic exponit verba *L.* 3. *C. de accus. etiam per procuratorem* etc. modo non ut Procurator suscipiat judicium, sed ut quilibet alius, causas innocentiæ alleget. Et Paleo. inter *ead. Cons.* 47. *n.* 10. arguere in *d. L.* 3. voculam *etiam*, id est non solum per Procuratorem, hoc tamen modo: sed et alium quemvis. Quia si non quemvis sit, judex admitteret, litem suam faceret.

Atque hæc de communi, eaque judiciorum probata sententia, ordine, qui nobis visus est, convenientissimo. Paucis jam quid ipse sentiam, quidque in ea desiderem, pari modo processurus. Summa meæ distinctionis, quæ ferme totidem diversarum legum in speciem dissidentium verbis constat, hæc: Si pecuniaria causa est, potest et per Procuratorem hoc agi Ulpian. *L.* 1. *An per al. caus. oppel.* id est, si judicii privati, ea enim sola vere pecuniaria, etsi ignominia sequatur *d. L.* 1. idest, etsi reus, si ipse judicium subiret, infamis notaretur. Hic namque modus vitandi infamiam, si litigetur per Procuratorem ut *supra Cap.* 8. N. 49. Et de his per occasionem, (cum extra propositum sint. Sin autem non sit pecuniaria, sed capitalis, per Procuratorem agi non licet, ita in rescripto DD. fratrum relato *d. L.* 1. Capitalis sane causa strictius, seu juris, ex qua mors, civitatis amissio, vel servitus *L.* 2. *de pœn. L.* 103. *de V. S. L.* 1. *§.* 1. *de requir. reis L.* 10. *de jure patron.* non item, unde relegatio, cæteræque pœnæ ad existimationem pertinentes *L.* 21. *§.* 1. *de pœn. L.* 11. *de bon. poss.* Unde et publicorum judiciorum divisio in capitalia, et non capitalia *L.* 2. *de publ. jud.* Latius vero, et usu Latine loquentium, omnis causa existimationis *d. L.* 103. Cic. *pro Quint. et pro S. Roscio.* Quo sensu in *L.* 12. *§. ult. de accusat.* relegatio, ceu capitis pœna, servis convenire negatur (de quo P. Fab. 2. *Semestr.* 5. *pag.* 67. *et seq.* Muret. *Obs. jur. C.* 2. Ræv. ad *L.* 157. *de R. I.* Pac. 7. *Q.* 60. etsi aliter, ac quod vocula *sicuti* ibi faciat rationem contrarii, non exempli, exponat Cujac. *ad d. L.* 103. *de V. S.* et Briss. *Lib. sing. de Adulter. C.* 9. Itemque *in L.* 1. *§.* 13. *ad SC. Turpill. L.* 4. *pr. Si quis caut.* ubi ita clare, *qui in exilium sulva civitate abjit*, rei capitalis condemnatus dicitur, ut mirer contra videri posse Vultejo 1. *Disc. Schol.* 11. *pag.* 96. Goufer. P. Fab. 2. *Semestr.* 16. *pag.* 208. *et seqq.* (qui acite, et fuse de homonymia vocula *capitales* tractat, ostendens atrictissime, solam decollationem denotare, strictius quodvis ultimum supplicium) ad quod et perplures LL. producit Jac. Cart. 2. *Conject. ad Viv.* 8. (atricte et ordinaria acceptione vitæ, libertatis, vel civitatis amissionem. Latius vero relegationem, etc. complecti). Muscorn, *de Jurisdict. n.* 106. Moller. *ad Nov. elect. Sax.* 1. *P.* 4. *n.* 12. *et* 2. *seqq.* Atque hoc populari usu quoque DD. fratres in *rescripto d. L.* 1. accepisse videntur, eo quod pecuniariam caussam et capitalem opponunt. Ergo quæcunque non est pecuniaria, eam sub capitali comprehendunt. Sicuti et alias cum pecuniæ judicium, a capitis judicio separatur, ut *L. ult. de fer. L.* 7. *in fin. pr. ad L. Jul. repet. L. ult. §. ult. ad SC. Turpill.* per hoc, quodvis publicum significatur. Quod etsi pœnam graviorem non habeat, recte sic vocari argute P. Fab *d. C.* 13. *pag.* 214. quia cum non rem familiarem hic per-

blicæ, si suam calumniam detegi animadverterit, et pœnam legitimam aut metuet, aut

sequamur, sed criminis publici vindictam principaliter, non modo fortunæ, sed et caput rei peti videatur. Itemque quia quodcunque publicum judicium famosum *L. 7. de publ. jud.* nam vix est, ut non ejus, cujus opinio gravatur, caput deminutum videatur, cum ejus persona, vel frons non integra dicitur *L. 4. de pop. act. L. 13. de testib.* Quanquam ne de hoc dubium alicui suboriatur, subjicit IC. sive, quod magis est, explicando verba rescripti, ecquid per Capitalem significent Imperatores, sive (si quis omnino hunc latum sensum repudiet) perficiendæ sententiæ rescripti, ne indecisum relinquatur quid in caussa, nec capitali (stricte) nec pecuniaria, veluti relegatio est, servandum sit. *Sed etsi ea caussa sit, ex qua sequi solet pœna, usque ad relegationem.* Quæ sane verba DD vulgo exaudiunt de pœnis solum relegatione gravioribus, ipsamque relegationem vocula *usque* excludi sentiunt. Sed contra Fachin. 1. *Contr.* 26. relegationem includi, probans in his criminibus Procuratorem arceri, ex *L. 11. §. 2. de adult.* ita: In adulterii caussa Procurator rejicitur *d. §. 2.* Ejus autem pœna relegatio. Quod argumentum veræ sententiæ non bonum. Falsum enim hoc quod alibi (si Deus, et dies dabit) refellemus. Et Rob. 2. *Sent.* 3. ac relati a Farinac. *d. Q. 99. n. 68.* Menoch. vero etsi *d. Q. 80. n. 129.* voculam *usque* accipiat, ut non contineatur relegatio, tamen quod Procurator in causis relegationis recipiatur, restringit ad judicia privata *n.* 132. Nec agnoscit se pugnantia loqui, dum *n.* 134. accipit *L. 3. C. de accus.* quæ aperte de publicis judiciis loquitur, de iis unde pœna relegationis, vel levior. Ego vero *d. vers. sed etsi* accipio de cæteris caussis publicis, stricte et proprie non capitalibus: Parum referre putans, sive vocula *usque* stet inclusive, ut DD. loquuntur, sive exclusive. Eodem res recidit. Hoc enim vult IC. idem (quod rescripto Imperatorum de capitali caussa expressum) statuendum de quavis caussa alia, cui pœna levior, modo non sit caussa pecuniaria. Sive jam vocula *usque* contineat relegationem, (quod magis est arg. *L. 5. pr. de pœn.* ubi hoc sensu eandem positam arguunt illic mox seqq. *verum si quid gravius*) sensus erit: nec si relegatio sequatur, nec si pœna ea levior Procuratorem admitti. Sive non contineat, sensus hic: Etsi non relegatio sequatur, sed pœna mitior, tamen non oportere caussam per alium agi. Atque ita relegatio excludetur, quia jam ante sub *caussa capitali* comprehensa. Nam quod vulgo *d. vers.* interpretantur de caussa graviorem relegatione pœnam habente, series *d. L.* 1. non admittit. Alias nec explicabit *d. vers.* vim rescripti, et quousque in eo caussa capitalis accipiatur, neque extendet decisionem ejus ad casus non decisos, sed tantum odiosam, et inanem repetitionem habebit eorum, quæ in ipso rescripto, verbis tantum aliis. Quod durum, ac resistit insuper vocula *sed et* conjunctiva, *ipse auditorio adesse debet.* Et sic in quocunque publico judicio, quanvis pœna levior, etiam pecuniarie, ut recte Parlad. Duar. Men. et alii citati *supra 7. vers. Admittitur Procurator.* Neque enim ideo caussa pecuniaria, ut recte Duarenus. Nam cum duæ principales rationes arcendi Procuratoris hic referantur, vid. *infra N.* 7. in capitali sane caussa utraque locum habet: in non capitali, si præsentia haberi potest, saltem altera. Certum vero est una ex pluribus ratione deficiente, dispositionem non ideo cessare. Quid quod, et in non capitalibus, ac etiamsi relegatione levior pœna, judicem ex caussa desiderare posse tradunt, ut ipse reus compareat potius, quam Procuratorem mittat, si id ideo, ut ex vultu, et sermone, etc. facilius de facinore, vel innocentia appareat. Quod judicis arbitrio tribuit Menoch. *Arb. Cas.* 264. Atqui nec tutum, nec conveniens rem hanc, vere in auctoritate juris positam (Edictum quippe de Procuratoribus prohibitorium est) ponere in facultate judicis. Non obstat argumentum vulgaris distinctionis, ubi relegatio, eave levior pœna, absens damnari potest *L. 5. pr. de pœn.* Ergo Procurator auditur, per *L. 33. §. 2. h. t.* Nam resp. est fallacia compositionis, et divisionis. Quia *in d. §. 2.* dicitur *pro eo* scilicet qui abest. Et ratio redditur; *quia publice utile, etc.* Hæc utilitas cessat, ubi potest copia rei haberi; cum hic non vertatur periculum, ne innocens damnetur. Sed hæc ita demum effectum sortiuntur, SI VEL REUS PRÆSENS. De hoc enim loquitur *d. L. 1. An per al.* Fach. 1. *Contr.* 24. Ant. de Rosell. Junior inter *Cons. crim.* Cœpollæ *Cons.* 49. Alex. de Tartag inter *Cons.* Zilletti *Cons.* 90. *Tom.* 1, *n.* 59. Mod. Palenton. inter *Cons. crim.* 47. *n.* 2. et relati a Wes. *Cons.* 43. *n.* 167. Agitur enim de eo, qui jam sententia condemnatus, ipse appellavit, non alius pro eo. Nam de Procuratore appellante tractat *L. seq.* 2. Et quæritur an appellationis ab ipso reo, et sic judicio præsente, interpositæ caussæ per alium reddi possint. Accedit, quod inauiter præcipiatur, ipsum adesse reum debere, nisi ejus copia haberi queat, ut inferius declarabitur. Probat idem *L. 3. C. de accus.* arg. a contrario, quia vocula *absentes* adjecta, non quod significet moram absentiæ excusari, quæ dura expositio, ut *infra*, sed ad remotionem præsentium, quod in iis aliud sit, qui se ipsos defendere possunt, et debent. Atque hic sentio cum Gomez. 3. *Var. Resol.* 1, *n.* 14. Alex. de Tartag. inter *Cons.* Zilletti 90. *Tomo* 1. *n.* 59. et alias jam relatis, qui *d. L.* 1. de præsente exaudiunt contra DD. vulgo, qui pro incarcerato admittunt, ut *supra vers. Aliud in præsente.* Neque enim quia una ratio tunc cessat, periculum elusorii judicii, idcirco, et dispositio, cujus hæc ratio non unica. Et multa sunt quæ hic Procuratorem dissuadent. Quin imo quæ ratio ex *L. 10. §. ult. de quæstion.* petitur, ei non nisi in præsente, vel cujus copia haberi potest, locus. Hoc omnino lar-

jam secutam esse cognoverit. Ita (6) elusorium fuerit judicium: quod ne fiat cum in privatis

gior et ratio facit, quod advocatus incarcerato negandus non sit *L.* 2. *C. de exhib. reis:* supra *h. Lib. Cap.* 3. *n.* 5. *vers.* 9. Sed nulla ratio vincit, quod Procurator, qui pro reo subeat et suscipiat judicium. Plane instructor veritatis juste admittetur pro carcerato præsenti, si aut nequeat ipse innocentiam suam manifestare, aut etiam perire festinet *L.* 19. *de pœn. L.* 6. *de appell.* quia quivis commiserescere potest ejus, qui reus factus, salutis suæ curam nullam habet, Cujac. 20. *Obs.* 20. Nec temere ultroneæ confessioni fides habenda, scite P. Fab. 3. *Semestr.* 3. *pag.* 72. *et seqq.* Vel copia ejus haberi queat. In hoc enim vere utraque ratio præsentiam requirit, tum quæ in periculo elusoriæ sententiæ, ne admisso Procuratore, reus qui initio capi potuit, si comperiat sententiam sibi adversam dicendam, postea fugam arripiat, etc. tum quæ in commodius eruenda veritate, ad quam præsentia rei confert *d. L.* 10. *§. ult. de quæst.* Quare exinde, quod aliquis se Procuratorem, vel etiam defensorem, aut istructorem veritatis offeret, non ideo cessabit judex reum delatum, et legitime suspectum perquirere, ac pervestigare, ut custodiæ tradat, ipsumque pro se respondere compellat. Neque hic quidquam speciale puto in conjuncta persona, ut et recte relati *supra* vers. *sic admitti* ac ne in parte quidem. Nam nec hunc aliter recte admitti statuo, quam quo casu filii præsentia haberi nequit. Neque per interventionem patris, contumaciam filii purgari censeo. Nam si proprii commodi ratione, et ut caussæ propriæ actor comparet, hoc filio prodesse non debet, per regulam *Res int. al. acta.* Neque ideo minus judex reum filiumfamilias inquiret, ac si poterit, carceribus mancipabit. Si vero ut innocentiam filii docturus, admittetur, sane aliquanto meliori jure, quam quivis alius de populo, tunc cum quivis admittitur, scilicet ubi vel præsens reus, vel absens condemnari potest. Interest equidem patris, ut supersit filius. At hoc interesse privatum non debet præjudicare juri publico, nec facere, ut tanto magis per patrem recte defensus intelligatur, qui alias per alium non recte defenditur. Nam uti charitate liberorum, antiquior disciplina castrorum *L.* 19. *§.* 7. *de capt. et postl.* ita, et magis, criminum vindicta. Et quæ ratio alias præsentiam rei requirit, ubi haberi potest, ne impunitas delicti sequatur, et et hic locus. Argumentum quoque a caussa liberali ductum non concludit. Quia illa recipit Procuratorem vel assertorem, ut *supra N.* 1. Criminalis non recipit. Et ibi quoque fratres, et cognati audiuntur *L.* 3. *§.* 2. *de lib. ca.* Non utique et hic. Quin et DD. relati *supra* versic. *In specie vero etc.* in iis fere terminis loquuntur, ubi ad innocentiam absentis, qui in fuga est, deducendam se offert pater. Quo casu alium quemvis audiri receptius est, ut *supra.* Quod si rei copia haberi nequeat, tunc quando absens damnari nequit, ut si quid relegatione gravius irrogandum *L.* 5. *pr. de pœn.* *L.* 1. *de requir. reis.* Procurator ad crimen judicii publici defendendum Intervenit frustra, verba *L. pen.* *§.* 1. *de pub. jud.* Quæ non aliis conveniunt, quam qui absentes damnari nequeunt, ut recte Cujac. 20. *Obs.* 20. et Vult. 1. *Discep.* 11. *pag.* 94. nequicquam contra nitente Goth. Anton. *Disp. Antivult.* 3. *Th.* 170. *et seqq.* Atque hæc vis est voculæ *frustra.* Quomodo frustra crimen persequitur, vel accusat per alium, qui per se potest, ita et frustra Procurator venit ad merita caussæ, ubi nullum reo damnationis principalis periculum, immo ubi nec accusari potest *L.* 6. *C. de accus.* Paul. 5. *Sent.* 5. *§. pen.* Defensio autem accusationem præsupponit, et ad evitandam damnationem opponitur, Vult. *d. loc.* Sed excusationes absentium allegantur *d. L. pen.* vid. *supra* versic. *admitti vero non tantum, etc.* usque ad vers. *sed et ad aliquos,* et si justam rationem habeant, differtur sententia scilicet non definitiva ad pœnam ordinariam delicti: Hanc enim nec ferri tunc posse ponimus, sed annotationis inter reos delatos, aut publicationis bonorum, quæ eam sequebatur. Nam qui copiam sui non faciebat, reus absens annotabatur, seu inter reos requirendus referebatur. Annotatus edictis adesse jubebatur, bonis interim obsignatis. Quod si intra annum neque aderat, neque qui absentiæ justas rationes adferret habebat, bona in fiscum cogebantur, et sequebatur infamia, vid. *tit. D. et C. de requir. reis* *L.* 4. *§.* 5. *de re mil.* Cujac. 20. *Obs.* 11. Vult. 1. *Discept.* 16. *pag.* 102. P. Gregor. 32. *Synt.* 24. *n.* 11. Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 20. *n.* 2. Ubicunque vero absens quis damnari potest; sicut jure communi in absentes pœnæ pecuniariæ vel quæ existimationem contingunt, si sæpius admoniti per contumaciam desint, statui possunt et usque ad relegationem procedi *L.* 5. *pr. de pœn.* Item in capitalibus certis speciebus, ut *L.* 4. *§. ult. ad L. Corn. de sicar.* (et ubi damnatur memoria defuncti, ut *supra*) Et in capitalibus quoque cognitione inter accusatorem, et reum recepta *L. inter* 10. *de publ. jud.* id est si lite contestata jam inter reos receptus postea abesse cœpit, ut Cujac. 20. *Obs. C.* 11. *et C.* 20. *ac seqq.* Tunc enim ex vetusto Romanorum more, reum peragi liquet, Cic. *pro Cluentio et* 3. *Verrina* Ascon. *in Miloniana.* P. Fab. *ad L.* 59. *de R. I. pag.* 270. Quæ et opinio olim Martini ref. Menochio *Arb. Q.* 80. *n.* 136. et Modesto Palentono inter *Cons. crim.* Cœpollæ *Cons.* 47. *n.* 3. etsi hi eam non probent. Et ratio Martini, quia cum non in alium ferri sententiam oporteat, quam qui judicium accepit, si ante litem contestatam admitteretur, Procurator ipse condemnari deberet, *L.* 1. *C. de sent. et interl.* Si vero postea, ipse dominus condemnatur. Male vero Cujac. *d. C.* 20. receptos inter reos publico judicio, non capitali, absentes defendi non posse *L.* 11. *§.* 2. *de adul.* quod nec condemnari possint. Nam imo hi etiam nec dum recepti,

actionibus, tum verò in publicis judiciis maxime cavendum est. *L. si prætor, D. de*

lite contestata condemnari queunt *d. L.* 5. *pr. de pœn.* Ergo et defendi. Ac illa *nam, et in capitalibus. etc. d. L.* 33. §. 3. *h. t.* convincunt minus dubii esse in reliquis Vult. 1. *Disc.* 11. *pag.* 99. Et immo *d. L.* 11. §. 2. *D.* ut et *L.* 15. *C. de adult.* (itemque *L.* 13. arg. a contrario *C. d. tit.*) convincunt *præter alia*, judicium adulterii capitale fuisse. Non tantum excusatio pro absente justis rationibus admittitur, ne per triduum, per singulos dies ter citatus reus damnetur *L.* 10. *de pub. jud.* Quæ quod de condemnatione vera, quæ post litem contestatam ex contumacia fit, loquatur, probat Cujac. 20. *Obs.* 11. quia ibi habetur, accusatorem, nisi defendatur, calumniæ damnari. At si lis contestata non esset, non posset ita damnari, sed extra ordinem *L.* 3. *C. Qui accus. non poss. L.* 2. *C. ad SC.* Turpil. *Sed et quemvis verba pro eo facientem, et innocentiam excusantem, audiri æquum est, si publice utile est absentes a quibuscunque defendi: nam et in capitalibus defensio datur*, verba *L.* 33. §. 3. *hoc tit.* Quæ uti, et similia verba *L.* 3. *Cod. de accus.* de sola caussarum absentiæ allegatione prædare exponit Donellus noster, et cum eo plures relati a Vult. *d. Cap.* 11. *pag.* 93. et Anton. Fab. *ad d. L.* 33. §. 2. M. Anton. de Amatis *Decis.* 163. *n.* 11. quia, ait, qualitas adjecta verbo, debet intelligi secundum tempus verbi, per *L.* 4. §. 1. *de noxal.* et Goth. Anton. *Disput. Antivult.* 3. *Th.* 180. Sed Cujac. *d. C.* 20. verba tam ampla ita non apte coangustari. Ac coactam nimis expositionem vocat Vult. *d. lo. p.* 94. quia nocens, vel innocens non inde quis est, quod adest, vel abest. Nec allegatio caussarum absentiæ, recte *defensio* dicetur, cujus voculæ vis plenior est quam voculæ *excusatio.* Accedit quod hæc ex Senatusconsulto *d. L. pen. de pub. judic.* illa, ex LL. publicorum judiciorum *d. L.* 3. *C. de accus.* Cujac. *d. C.* 20. Denique et alias ubi *absens defendi* dicitur, plenaris defensio significatur *L.* 19. *pr. de jud. L.* 11. §. 2. *de adult.* Quanvis vero argute Rauch. *P.* 1. *Q.* 7. *n.* 22. ex ipso Cujac. justitiam absentiæ, allegando innocentiam quodammodo defendi, et excusari et Goth. Ant. *d. loc. Th.* 182. *et seqq.* diversa esse: *excusare* innocentiam cum ostenditur, non conscientia delicti latitare, reum scilicet, et istis de caussis abesse: et *docere* innocentiam. Nec his tamen opinione dimoveor. Quid enim si reus is qui condemnari potest, vere latitet? Quid si absentiæ ejus rationes proferri nequeant, si nec justæ ullæ sint, aut defensori ignotæ, nunquid si compareat alius, liquido probaturus innocentiam rei, hunc audiri, anne reum damnari expedit? Expedit imo quemvis pro eo audiri *d.* §. 3. et *L.* 12. *in fin. C. h. t.* Nam etsi satius esset ipsum reum audire, pro se verba facientem; Attamen cum hoc sine potiri non liceat, ne aut impunitas sequatur delicti, si plane non posset procedi, aut iniquitas admittatur, si

semper damnaretur, qui fortassis non conscientia facinoris, sed carceris metu latitat (de cujus vi vid. Annæ. Rob. 1. *Rer. judic.* 10.) hac necessitate quadam delabimur, quæ licitum facit, quod alias illicitum. Ubi enim copia rei qui vere contumax haberi nequit, necesse est, aut simpliciter in eum sententiam dici, quæ executione in reversum quandoque mandari possit; aut audiri defensorem non absentiæ, ponitur enim contumax: sed innocentiæ, quem instructorem veritatis DD. appellant, vid. *supra* versic. *Etsi vero de hoc, etc.* Jus sane præcise requirit, juste judex desiderat, ut reus ipse adsit, tum ad eruendum melius veritatem, tum ad sententiæ executionem. Jussui huic, qui non paret reus contumax est, nec inde esse desinit, quod aliquis pro eo se offert, quia per hoc non satis fit LL. et judicis mandato. Ast hic jussus effectum sortiri nequit, quam ubi consequendi rei facultas est. Qui si fuga sibi consuluit, nec scitur ubi sit, etsi non minus justa requisitio ejus præsentiæ, tamen inanis. Et necessitas alio deducit, ut cum hac via non succedat, alia aggrediamur. Proinde ubi præceptio judicis, jubentis reum ipsum comparere, effectu deficitur, hoc relinquitur, ut in absentem persecutio criminis fiat. Quod jure civili in capitalibus, post receptionem inter reos lite contestata, et aliis paucis casibus, de quibus *supra*; consuetudinario vero plurium locorum generalius receptum est, ut absens definitive condemnetur. Sicuti et in foro Saxonico intra 42. dies seu 6. hebdomadas ter citatus copiam sui non faciens, condemnatur ad probationem legitimi impedimenti, *Tff. die Chehafft.* Quam si non exhibeat, post 4. citationem sacer pronunciatur, ut a quovis impune offendi, et occidi queat; vid. Coler. *Decis.* 108. *n.* 2. Quæ proscriptio Frid. II. tempora quoque recepta, et dicta Forbannitio, vid. Petr. de Vineis *Lib.* 5. *Epist.* 107. Hæc condemnatio, quia ex præsumpta confessione, publice utile est ob probationem contrariam, pro reo contumaci, quemcunque etiam ignotum, extraneum, alias ad Procurationem inhabilem, audiri. Junge his nostris quæ ex aliis *supra* vers. *Quod vero sic audiri, etc.* Denique quæ potiores arcendi Procuratoris rationes, ut *infra N.* 7. hoc tantum efficiunt, ut perpetuo audiatur ipse potius reus, quam pro ipso alius, ubi audiri potest. Ubi nequit, quia neutra ratio in consideratione amplius esse potest; etiam per Procuratorem *L.* 3. *Cod. de accus.* Quomodo quod et in caussa principali, ejusque meritis, admittatur contra DD. vulgo relatos *supra, Non vero ut procurator,* statuunt Pac. 2. *Q.* 40. Vasq. 2. *Cons. usu freq.* 17. *n.* 2. et ab eo relati *n.* 1. Ant. de Rosell. Junior inter *Cons. crim.* Cœpollæ 49. *n.* 6. *etc.* Thesaur. *Decis.* 265. *n.* 16. *et seqq.* Vult. 1. *Disc.* 11. *pag.* 93. Et Vasq. quidem *d. lo.* posse hunc et probationes pro reo facere, et adversarii rationes impugnare. Ita vero statuo: Admittitur Procurator ex

*judic.* Tum autem multa facile et audacier per procuratorem mentietur accusator, quæ præsens sine rubore dicere non auderet. Ut enim litera non erubescit, ut est apud Ciceronem in *epistolis ad familiares*, sic nec absentia, ac per domini absentiam procurator; qui quid dominus mentiatur, ignorat. Multo minus ad crimen judicii publici defendendum potest procurator intervenire. Nam cum publice intersit delicta nocentium nota esse, nec tantum nota, sed etiam male meritos pœnis coerceri, ut qui coerceutur, cæteris exemplo sint ad maleficia deterrenda *L. eum qui nocentem, D. de inju. L. bona*, in pr. *D. depo.* ad utrumque oblinendum plurimum valet reum præsentem adesse, nec per procuratorem defendi. Primum valet in primis ad veritatem eruendam reum præsentem de se interrogari, et interrogatum respondere. Multa enim sunt in ejus vultu et sermone, ex quibus aut detegitur conscientia admissi, aut innocentia confirmatur. In vultu exsistunt sæpe pallor, crebra mutatio, consternatio, quæ admissum facinus interdum vehementius arguunt, quam ullæ probationes. Contra constans sibi per omnia sine affectatione vultus bonæ conscientiæ judicium est. In sermone hæc insunt, titubatio, trepidatio, varietas, et repugnantia responsionum, aut his contraria, constantia sermonis. Indicantur hæc in *L. de minore*, §. (7) *pen. D. de*

mandato rei contumaciter absentis, qui damnari potest. Et quidem non modo ut nudus judicia informator, ceu DD. vulgo ut *supra*, nec ut defeosor quivis mandato carens *d. L.* 33. §. 2. Sed ut Procurator *d. L.* 3. Mandatum enim certe efficiet, ut si alius una se ad defensionem admitti postulet, hic præferatur, propter mandatum. Nam quo casu justius est, defensorem qualemcunque audire, qoam absentem contumacem, et indefeosum, gravi condemnatione afficere *L.* 1. *in fin. C. h. t.* eodem justius est idoneum, quam inhabilem alias Procurationi: mandato instructum, qnam eo carentem, quem fidiorem et utiliorem putavit reus se elegit, quam qui se sponte offert, audire atque illum huic præferri. Certe vix est, ut ullus in jure civili casus reperiatur iu quo, si quis auditor sine mandato, noo potior sit maodatum habens illo qui destituitur. At non per hanc Procuratoris missiooem contumax esse desinit reus. Nec quæ ex absentia et latitatione jure elicitur præsumpta confessio solo Procuratoris interventu eliditur, sed necesse est ut ab hoc, contrariis innocentiæ probatione aut alias, legitime elidatur. Neque eoim per id reus præc. LL. satis obtemperavit, quæ ipsum adesse jubent *L.* 1. *An per al. ca. app.* Tantum huc necessitate quadam devenitur, ut quia spes non est potiundi in præsentia ipsius rei, potius pro eo audiatur aliquis quam nullus, vid. hic paulo *supra* vers. *namque*: et potius is, cujus curæ magis confidit, quam alius. Quomo concidit 2. ratio DD. contra sententium positam *supra* versic., *Discrimen inde, etc.* Ad rationem 1.° quæ *ibid. d. vers.* Resp. Mala ratio: Procuratorem non admitti, ne reo præjudicet. Nam hic iu eo sumus casu, quo si nullus (sive Procurator, sive defeosor,) pro reo verba faceret, is ex contumacia condemnaretur. Ergo ubi aliquis adest, si rite innocentiam non probat, vel accusatorem non refellit, id non tam nocet reo, quam non prodest. Nec ulla ei fit iojuria, quod condemnatur. Condemnaretur enim æque, si defensor non intervenisset. Neque potest nisi de se queri, si dicat se ipsum, si adfuisset, melius causam suam acturum et obtenturum fuisse. Cur enim non adfuit, cum sciverit se adesse debere? Sed de his satis.

(6) Ita et Bart. *ad L. pen.* §. 1. *de publ. jud.* ref. Menoch. *Arb. Quæst.* 79. *n.* 3. P. Gregor. 32. *Synt.* 24 *n.* 3. Accedit, quod frustra alieno nomine accusat, qui potest proprio, ut Doo. *h. Cap. infr.* et Deciao. *Lib.* 3. *Tr. crim. Cap.* 36. *n.* 2. Menoch. *d. n.* 3.

(7) Potiores hæ rationes, eademque veræ et genuinæ, sed quibus locus non est, oisi quando copia rei haberi nequit, ut ex iis quæ *supra N.* 5. passim apparet. Et cooveniunt in priori reddeoda Forcat. *ad L.* 3. *Cod. de accus. n.* 1. *et* 2. Cœ olla *Cons. crim.* 45. *n.* 2. Modestus Paleuton. ioter ead. *Cons. crim.* 47. *n.* 3. M. Anton. de Amat. *Decis.* 163. *n.* 2. Arumæ. *Lib.* 1. *Decis.* 7. *n.* 12. *et seqq.* Nam et vultus, tacitus mentis sermo et aoimi sensus, Cic. *in Pisonem*, vid. Rob. 2. *Sent.* 23. Phil. Camarar. *Cent.* 1. *Op. succis. Cap.* 57. *et Cent.* 2. *Cap.* 5. *et* 9. Et oculi, animi indices ac animæ speculum, ut ex Alex. Andr. Laurent. *Lib.* 1. *Hist. Anatom. Cap.* 13.

*Sermo vero index animi, morumque fidelis Haud dubie testis. . . . . .*

ut Marcell. Paliogen. *Lib.* 1. *Zodiaci vitæ.* Et oratio, quodammodo pictura animi, Scal. *Lib.* 3. *Poet. Cap.* 35. interpres animi, et quasi color quidam morum, idem *d. Lib.* 3. *Cap.* 24. certissimum cordis, et animi speculum, Cassiod. 6. *Epist.* 9. Jo. Spinæ. *Lib.* 3. *de Tranquill. animi pag.* 125. Et improbi lingua cordis male affecti præco est, Ant. de Guevara *Horol. Princ. Lib.* 1. *Cap.* 31. Quæ animi interpres, Lucret. *Lib.* 6. Index cordis, Balduin. *Consult.* 160. *Lib.* 1. refer. Tiraquell. quem adi in *L.* 8. *Cod. de revocat. donat.* versic. *Libertis n.* 17. *et seqq.* ἕκαστος γὰρ οἷός ἐστι, τοιαῦτα λέγει καὶ πράττει Aristot. 4. *Eth.* 4. (*al.* 13. Et ut Græcum est proverbium οἷος ὁ βίος, τοῖος ὁ λόγος Ishac. Casaub. *Comm. ad Pers. Sat.* 1. *pag.* 144. Qualis vir, talis oratio. Annæ. Boetius *Lib. de Moribus.* In posteriore Go-

*quæst.* Nec minus præsentia ad pœnam adversus reum firmandam necessaria est. Nam et hic potissimum quærere solet reus viam, qua se judicio aut pœnæ intentatæ subtrahat; quam facile inveniet, si ei abesse, et per procuratorem defendi licebit: cum si præsens caussam dicere cogatur, semper sit ejus et observatio certior, et si res suadere videbitur, major ejus prehendendi copia, ut sic deinde si condemnandus est, meritæ pœnæ subjiciatur.

X. Sane et in his judiciis, et quidem capitalibus, defensionem admitti, atque adeo absentes reos etiam per procuratorem defendi posse legimus, in *L. servum*, §. *publice*, *D. de proc.* *L.* 3. *C. de acc.* Sed quam defensionem hic intelligere debeamus, Papinianus duobus in locis docet, *d. L. pen.* §. *ult.* et *L. inter*, *D. de pub.* Nempe hactenus in his judiciis absentes defendi posse definit, ut excusationes pro absentibus allegentur judicibus vel innocentiæ vel absentiæ: non (8) ut si excusationes justam rationem habeant, rei absolvantur: (alioqui justa et plena esset defensio, quam nunc non admittimus) sed ut cum absentes propter contumaciam per triduum per singulos dies tercitati damnari possent, non damnentur, sed sententia differatur. Fateamur igitur ex prioribus illis locis etiam in capitalibus judiciis defensionem absentium admitti et quidem per procuratorem. Quod non negat Papinianus. Sed hoc concesso, quærimus amplius, qualem hic defensionem, qualem procuratorem accipere debeamus. Id cum definitum sit in *d. L. pen.* §. *ult.* *d. L. inter*, *de pub. jud.* ea definitione hic utemur, putabimusque eam definitionem etiam in prioribus illic locis etsi generaliter scriptis inesse. Sic enim unæ leges ad alias trahi debent, ut aliæ in aliis inesse credantur, nisi sint contrariæ. *L. non est novum*, et seqq. *D. de legib.* Sed et quod una lege certo definitum est, id nisi alia lege specialiter mutatum sit, manere intelligendum est, *L. præcipimus*, in fin. *C. de app.*

XI. In criminibus cæteris quæ publici judicii non sunt, si de accusatore agitur, ne sic quidem ad crimen persequendum procuratorem dare concessum est. Declaratur *L. ult. C. de injur.* ubi cum facta esset potestas certis quibusdam personis in actione injuriarum procuratorem dandi, subjicitur in *extremo*, in cæteris morem judiciorum esse servandum. Quo significatur in cæteris tum personis, tum judiciis ejusdem generis, et morem judiciorum contrarium esse, et in eo esse positum, ne ad caussam criminaliter agendam passim procurator detur. Quod si cui is locus videbitur incertior, addamus eas rationes, quibus hæc sententia liquido evincitur. Et vero in omni criminis persecutione ita reperietur, easdem res efficere, quo ne procurator detur, quæ procuratori obstant, in publicis judiciis. Primum qui accusat, quocunque in crimine id faciat, quia agit criminaliter et vindictam criminis tantum persequitur, de re privata non agit, sed de re ad utilitatem, et exemplum publicum pertinente. *L. locatio*, §. *quod illicite*. *D. de publ.* Quapropter non magis et permittendum est procuratorem dare; quam permittitur ei, qui experitur populari actione. *L. licet*, in pr. *D. de proc.* Quanquam hoc magis conditione personæ dantis effici videri potest, quam conditione caussæ de qua nunc agitur. Ideo enim hic accusator non det procuratorem, quia non est dominus litis. Illa sunt caussæ et judicii criminalis propria; nam et in privatis accusationibus non minus se accusator inscribere debet in crimen et pœnam talionis ob calumniam subire, quam in publicis judiciis. *L. ult. D. de fur.* *L.* 3. *D. ad Turp.* At

mez. 1. *Vari Resol.* 1. *n.* 12. Virgil. Pingitz. *Q.* 19. *n.* 19. Menoch. *Arb.* *Q.* 80. *n.* 2. Farinac. *P. crim.* 99. *n.* 2. Gifan. *ad L.* 33. §. 2. *hoc tit. n.* 12. Bron. 1. *Ass.* 50. Arumæ *d. Decis.* 7. *n.* 10. *et n.* 47. Cœpolla *d. Consil.* 45. *n.* 2. Forcat. *d. loc.* Godofr. a Bavo *Tr. Reat.* *Q.* 8. *n.* 6. Alii qui has rationes addunt 1.° Quia sententia ferenda esset in Procuratorem. Atqui facinus debet insequi suos auctores, ut Cassiodor. 2. *Variar.* 11. Et nemo ex alieno delicto, corpus suum ad pœnam obligare potest *L.* 70. §. *ultim. de fidei.* Amatis et Bavo *dd. locis* P. Greg. 32. *Synt.* 24. *n.* 3. Wesen. *Consil.* 43. *n.* 172. Ayrer. *Process. P.* 1. *C.* 5. *Obs.* 2. *n.* 8. *et* 9. Quam reprobat Gomez. 3. *Var. Resol.* 1. *n.* 12. Modest. Palenton. *d. Consil.* 47. *n.* 3. quia ubi sententia non cadit in Procuratorem, ferri potest in dominum *L. ult. Cod. de injur.* 2.° Quia subtrahens se judicio et latitans, suspectum se reddit. Nam cum de vita, et fortunis periclitetur, vix est ut ab alio defendi malit si sceleris purus sit, Forcat. *d. loc.* Ayrer. *d. loc. n.* 10 Cœpolla *d. Cons.* 55. *n.* 7. 3.° Quia caussæ hæ gravis præjudicii, alii non committendæ, et principalis ipse caussam suam diligentius aget, Alexan. de Tartag. inter *Cons.* Zilletti 90. *Tom.* 1. *n.* 61. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 21. *n.* 6. Alciat. *Lib. de Singul. certam.* *C.* 12. *n.* 4. Reprobat Forcat. et Palenton. *dd. locis.* Quid enim si Procurator diligentissimus, principalis inexpertus?

(8) Sed hoc jam refelli, *supra N.* 5. vers. *sed et quemvis.*

et in privatis criminibus eamdem pœnam contemnere potest, cui abesse et per procuratorem agere licebit. Sed et in his non minus augebitur mentiendi calumniandique licentia, adhibito procuratore per quem accusator quidvis dicere possit sine rubore: quod non item præsens et per se agens dicere ausus esset. Postremo, cum in crimine de privato damno accusator non laboret, sed de vindicta quæ Reipublicæ pendiur: recte ei dicetur hoc modo: Si per te accusare potes, et nulla res te impedit, cur per te non accusas? quid adhibes procuratorem, qui te segnius rem tractabit? Si non potes per te, omitte accusationem, quam nulla necessitate rei familiaris cogeris suscipere. Ad defendendum autem crimen judicii non publici interdum procurator abhiberi potest, interdum non potest. De quo exstat distintio in *L. 1. D. an per all. caus. app. red. poss.* in hanc sententiam: ut si quidem ea caussa sit criminalis, ex qua pœna duntaxat sit (9) pecuniaria quanvis jam infamia non sequatur, tamen ea a reo per procuratorem agi possit, sive sint judicii publici, sive non sint. Sin ea ex qua pœna sit (10) corporalis, agi per procuratorem non licet. Cujus differentiæ ratio hæc videtur. Nam si pœna corporalis est, hæc abse[nte] subductione personæ vitari potest. Sic a[utem] facile potest se subducere, qui absens [agit] per procuratorem. At si pœna pecun[iaria] est, non eo minus etiam absens et q[ui] gerit, pœnam sententia irrogatam sub[i]bit: cum pœnam pecuniariam luat reu[s non] corpore suo, sed in bonis, ex quibus [pecu]nia sumi potest, ubicunque sit domin[us].

XII. In hoc genere tamen crimi[num] quæ publici judicii non sunt, exceptu[m] crimen injuriarum, et in hoc certæ personæ, quibus concessum crimen inj[uria]rum persequi, et adversus id se defen[dere] per procuratorem. Concessum hoc (12) [illu]stribus personis, uxoribus earum et [libe]ris; verum hac lege, ut si probatum [sit] eum injuriam fecisse qui procurat[orem] dedit, adversus eum sententia feratur, [non] adversus procuratorem. Effectum hac [L.] *ult. C. de injur.* et cautum recte de sente[ntia] adversus dominum in his judiciis fere[nda]: quoniam in judiciis privatis et civil[ibus] contra observatur, ut quibus in caussis [pro]curator datus est, ibi sententia non ad[ver]sus dominum feratur, sed adversus pr[ocu]ratorem. *L. 1. C. de sent. et interl.*

(9) Etsi omnium bonorum, si delictum mere privatum ex communi. Menoch. *Arb. Quæst.* 80. *n.* 121.

(10) Atque ita noster *d. L.* 1. restricte accipit, de solis delictis privatis. Sed verba ejus ampliora, vid. *supra N.* 5. Quin imo argute Vasq. 2. *Contr. usufreq.* 39. *n.* 24. *et seqq.* in delictis privatis, semper Procuratorem recipi contendit.

(11) Et hæc communis, Menoch. *Arb. Quæst.* 79. *n.* 10. Excipitur autem et Syndicus nomine universitatis accusans, Menoch. *d. L. n.* 14.

(12) Nam et hi per alium litigare co[ncedun]tur *L.* 25. (aliis penult.) *Cod. hoc. tit.* Sich. *Nov.* 71. ubi Cujac. Pac. 2. *Quæst.* vid. Farinac. *Quæst. crim.* 99. *n.* 115. [In] usu judiciorum nostrorum, ex quo inj[uria]rum pœna, pecuniaria leviori abrogata, [arbi]traria ab Electore Augusto *Nov. sua.* 4[2] 4. statuta est, Procurator in actione i[nju]riarum criminali auditur, vid. Molle[r] *Semestr.* 24. et qui ei contrarius Rauch[bar] *Parte* 1. *Quæst.* 7. *n.* 27. *et seqq.*

## CAP. XI.

### Qui procuratores esse non possint.

*Procuratores dari posse omnes, qui non prohibentur.* I.
*Prohibentur aut ex conditione personæ, aut ex ejus muneris implendi defectu.* II.
*Conditione personæ servus, fœmina, miles. Singuli quatenus.* III.
*Miles et fœmina nec suffragatores esse possunt.* IV.
*Ambo tamen in rem suam procuratores ex honesta caussa, et quæ talis.* V. VI.
*Item pro parentibus. pro coniuge, pro liberis.* VII. VIII. IX.
*Procuratorii muneris peragendi defectu prohibentur.* X.
1. *Potentiores, et in his fiscus et Respublica.* XI.
*Utriusque differentia a potentiore privato.* XII.
2. *Absens Reipublicæ caussa, perpetuo morbo laborans, et reus criminis postulatus.* XIII.
3. *Magistratus quandiu talis.* XIV.
4. *Mutus, surdus, pupillus, furiosus, et prodigus.* XV.
5. *Minor, licet adultus.* XVI.
*Hi omnes idonei tamen, excepto servo, si non rejiciantur ab adversario.* XVII.
*Minor pro indefenso absente aut excusiando, aut purgando non repellendus.* XVIII.

I. In potestate dandi procuratoris, cum caussa admittet procuratorem, proximo locu persona procuratoris spectanda est. Neque enim qui dantur, omnes idonei, et qui jure dari possint. Omnes dari possunt, qui non prohibentur, ut et in omnibus aliis personis servari sæpe ante diximus, de quibus quæritur, an ad rem aliquam sint idoneæ, *L. mutus*, §. 1. *D. de proc. L.* 1. §. 1. *D. de test. L. necnon*, §. *quod ejus*, *D. ex qui. caus. mai.* Idcirco qui prohibeantur, quærendum est.

II. Quorum duo sunt genera, totidem eorum qui in judicio procuratores esse non possunt. Quidam conditione personæ prohibentur; quidam ideo, quia nun habent in se ea quæ procuratorem adversario præstare oportet. Ex priore genere si qui dentur, offenditur Respublica; si qui ex posteriore, fit adversario injuria: quorum utrumque in potestate procuratoris dandi cavendum fuisse initio monuimus.

III. Conditione personæ prohiberi dicimus eos, qui cum ea quæ procuratoris sunt, obire possint, tamen conditione personæ impediuntur; qua non videntur salva honestate aut disciplina publica procuratlonem alienæ caussæ suscipere posse. In hoc genere sunt tres, servus, fœmina, miles. Servum hominem (1) a judiciis leges removent, vetantque in his consistere, sive suo nomine agant aut conveniantur, sive alieno. *L. servus*, *C. de jud. L. servum*, in pr. *D. de procu.* Et certe procuratorem esse (2) civile officium habetur. *L. fœminæ*, *D. de reg. jur.* Servi juris civilis communionem non habent. *L. qui testamento*, §. *servus*, *D. qui testa. fac. poss.* Et quod aliis verbis regula juris traditur, quod ad jus civile attinet, idest; ad ea quæ certis legibus jure constitutis transigenda sunt, servi pro nullis habentur. *L. quod attinet*, *D. de reg. jur.* Nec fœmina procuratoris aut defensoris officio fungi potest. *L. neque*, 54. *D. de proc.* Quippe alienarum rerum procurationem publice suscipere, ut modo dixi, civile officium est. Fœminæ autem ab omnibus officiis civilibus et publicis remotæ sunt. *L. fœminæ*, *D. de reg. jur.* Qua ratione recte dicitur in *L. alienam*, *C. eod.* alienam defensionem suscipere, esse officium virile: eoque ultra sexum muliebrem positum. Quod si quis amplius quærat, quamobrem, exposita est ratio in *L. maritus*, *C. eod.* ne scili-

(1) Vera sententia, sed ad quam probandam *d. L.* 33. *pr.* impertinens, quæ de servo non dato, sed dante Procuratorem loquitur. Et sensus hic, quod possit dare ad negocia peculiaria, non ad lites. Quia ejus sunt aliqua negocia quorum gestio facti est, lites vero et judicia, quorum exercitio juris, nulla, Gifan. et A. Fab. *ad d. L.* 33. *pr.*

(2) Quare et arceatur deportatus, per §. 2. *l. de Cap. min.* etsi suo nomine acturus non omnino rejellatur, vid: *sopra Lib.* 17. *Cap.* 4. *n.* 8. *n.* 9. Et bannitus itaque jure nostro per ea, quæ *d. C. n.* 8. licet diss. Tiraq. *post. LL. Connub. Gl.* 5. *n.* 173. Et excommunicatos is, qui nec suo nomine agere potest, ut *d. n.* 8. *Cap. ult. extr. hoc tit. C. extr. de except.* Ayrer. *Process. P.* 1. *Cap.* 5. *n.* 3. *et seqq.*

cet fœminæ persequendæ litis obtentu in contumeliam matronalis pudoris irreverenter irruant, et conventibus virorum vel judiciis interesse cogantur. In eadem caussa est (3) miles. Et hic alienæ litis procurationem defensionemve suscipere prohibetur, usque adeo, ut nec si adversarius ante litem contestatam velit eum admitti, eo magis procurator dari possit, si adversarius in lite contestanda eum removeat. *L. filiusfamilias*, §. *veterani*, *D. de proc. L. militem*, *C. eod.* Constitutum ideo, quia hæc omnis procuratio in milite putetur esse contra utilitatem publicam et disciplinam militarem: hæc enim ratio indicatur in *d. L. militem*, et *L. qui stipendia*, *C. eod.* Et recte. Nam si miles judicia alieno nomine tractare cœperit, et ea cura occupari, necesse est etiam eum armorum curam omittere: sed et a signis et munere suo avocari.

IV. Adeo autem visum est fœminam et militem alienam defensionem suscipere non posse, ut ne illud quidem his permittatur ad eam defensionem tanquam suffragatores accedere. Tantum hoc de milite in *d. L. militem*, quod multo magis ad fœminas transferendum est: quibus hoc officium propter sexum multo minus convenit. Suffragatores hic accipere debemus, qui in criminalibus judiciis pro absentibus interveniunt non ad plenam defensionem, (4) sed excusationes absentiæ vel innocentiæ ad differendam sententiam allegaturi. Id enim est absenti suffragari. Ideo autem et hæc suffragatio est nominatim militi interdicta in *d. L. militem*, qui alioqui caussa erat, cur existimaretur ei permitti debuisse. Nam absentes a quibuslibet hactenus defendi posse, et quidem publice interesse ita defendi Ulpianus scribit in *L. servum*, §. *publicæ*, *D. de proc.* Si a quibuslibet, etiam a milite. Et si publice interest, cur quod publice utile est, militi denegetur? Ne quis ergo putaret, hoc etiam ad milites pertinere; nominatim cautum est, ne hoc quidem permissum esse militibus, ut intelligeremus omnem defensionem alienæ rei militibus denegatam esse. Proinde quod Ulpianus ait absentes a quibuslibet defendi publice interesse, quoslibet intelligemus alioqui ad defensionem suscipiendam idoneos: quo in numero non sunt milites; ac non haberi in eo numero etiam publice interest.

V. Sane quod dicimus neque fœminas neque milites procuratorio nomine experiri posse, sic accipiendum est, si modo vere procuratores sunt, ut dicuntur, idest, alienæ rei, seu alienorum negotiorum administratores. Quod si his mandatæ sint actiones in rem suam, dum ex honesta et verecunda caussa; hoc modo eos procuratores fieri nihil prohibet. De milite cautum in *L. qui stipendia*, *C. de proc.* de fœmina in *L. 4. C. eod.* Merito. Nam ut est in *d. L. qui stipendia*, non interdicitur his rem suam gerere (quod quid in absurdum esset, et iniquum) sed alienam. Non potest autem dici eum, qui honesta et verecunda præcedente caussa mandatas sibi actiones exercet, alieno negotio fungi: cum licet contentio ex persona mandantis sumatur, hunc tamen rem suam gerere non ambigatur. Et hoc est: directæ actiones quæ hic exercentur, sunt alienæ, nempe mandantis: non enim possunt transferri. *L. 3. D. pro soc.* Eo fit, ut

(3) Ne propter privata negocia a militia avocetur *L. 31. C. de Loc.* Quæ ratio quia in veterano cessat, ideo hic non arcetur *d. L. 8. §. 2.* ubi Gifan. *n. 14.* et Ant. Fab. Duar. *h. t. C. 4.* Unde et milites nostri temporis, qui non in expeditione, sed in plateis vagantur, non repelli, vult Zoan. *Tr. de Rom. imperio n.* 53. Alias quo tempore vere militant, idem in militibus nostris, quod in veteribus juris, ut contra Bart. et alios Gifan. *ad L. 7. C. hoc tit. n.* 5. vid. Georg. Acac. Eoenkel. *Lib. 2. de Privil. mil. Privil.* 2 Claud. Coteræ *Lib. 2. de Jure mil. C.* 10. Clerici quoque procurare vetantur, *Novell.* 123. *Cap.* 6. *Cap. denique* 10. *cau.* 14. *Q.* 5. *Cap.* 2. *Ne Cler. vel monachi*, tum ne a sacris avocentur, tum quia judex laicus, si quid forte deliquerint, eos coercere non posset. Duar. *hoc tit. Cap.* 4. Et quæ ratio eos ab advocatione repellit, ut *supra Cap.* 3. *n.* 23. *N.* 40. in procuratione fortior, quæ officium vilius, Marta *de Jurisdict. P.* 4. *Cap.* 116. *n.* 4. Plane jure Pandectarum sacerdotium obveniens, excusationem tribuisse a procuratione suscepta, et caussam mutandi procuratoris fuisse, ast non volentes removisse, arguunt *L.* 18. *h. t. L.* 32. §. 4. *de rec. arb.* In foro tamen ecclesiastico recipi volunt, uti et in civili, pro caussis ecclesiæ suæ, vel monasterii. *Nov.* 123. *Cap.* 27. item pro miserabilibus, et conjunctis personis, vid. Bover. *Singul.* 26. *n.* 38. Marta *d. Cap.* 116. *n.* 14. Sic Abbatissam nomine cœnobii, recte experiri probant, per *C. tum dilectæ* 4. *de confirm. utili.* Etsi Busius *L.* 41. *h. t. n.* 3. rescriptum illud singulare esse velit, nec extra personam trahendum.

(4) Non placet per *not. supra C.* 9. *in fi.* et per *L. 6. C. Th. h. tit.* verbis: *ad cognitionem alieni jurgii suffragator.* Accurs. *in d. L.* 7. exponit advocatum. Melius, qui intercessorem apud principem, in impetrandis honoribus, etc. pro quo honorarium dari solebat, suffragium dictum, de quo *t. Cod. de suffrag.* Gifan. *in d. L.* 7. *n.* 5.

qui eas mandatas exercet, hunc necesse sit exercere alienas, et ex persona mandantis: qua ratione et is dicitur procurator. *L.* 2. §. *ult. D. fam. erc. L. procuratore in rem suam, D. de proc. L. emptor*, juncta *L. ex nominis, C. de her. vel act.* Sed subtilitate juris mandatæ actiones huic procuratori alienæ sunt; re vera et effectu sunt ejus. Subtilitate juris procurator est dum executionem actionis spectamus; dum exitum et commodum, re vera est (5) dominus actionis et litis. Actiones enim exercet non nomine ejus qui mandavit, sed suo: in rem suam, non alienam. Unde et procurator dicitur in rem suam. Ea autem caussa propria dicitur, cujus commodum aut incommodum ad aliquem suo nomine pertinet. *L.* 1. §. *in propria, D. quand. appell. sit.* Ex quo et procuratoris in rem sua dati lis propria esse dicitur in *L. quæ omnia*, in fin. *D. de proc.* idemque ob eamdem caussam domino præsenti ad litem movendam, vel litem suscipiendam, *d. L. procuratore in rem, D. eod.*

VI. Sed ut præcedat honesta et verecunda caussa actionis suscipiendæ, exigimus: additum in milite in *d. L. qui stipendia, C. eod.* quod multo magis ad fœminas pertinere intelligendum est, quibus hic multo minus tribuendum est quam viris propter sexum. Honesta et verecunda caussa hujus mandati est omnis quæ redemptionem actionis aut acquisitionem emptioni similem non habet, puta permutationem. Idcirco nihil amplius legimus prohiberi militi in procuratione in rem suam, quam redimere negotia seu alienas actiones, in *L. militem, C. eod.* Et re vera omnis alia transferendæ actionis caussa honesta est; quippe quam aut meritum procuratoris inducit, aut necessitas aliqua juris sui tuendi. A merito proficiscitur, si qua donatur actio, aut legatur. *L. nec adjecit*, 9. *D. pro soc.* Necessitas rei familiaris cogit actionem mandatam suscipere: ut si actio creditori data sit in solutum; si in divisione hereditatis aut rerum communium actiones uni ex heredibus aut adjudicatæ, aut in communem rem exercendæ datæ sint. *L.* 3. *D. fam. erc. L. penul. C. mand.* Qua ratione recte dictum est in *L. filiusfamilias*, §. *veterani*. *D. de procur.* si quis miles (6) communem caussam omnis sui numeri persequatur ut suscipiat, concessam esse talem procurationem. Etsi enim qui rem communem agit pro parte commilitonum suorum procuratorio nomine fungitur: tamen ideo necesse habet id facere, quia partem suam, nisi totam caussam agat, commode gerere non potest. *d. L.* 3. *D. fam. ercisc.*

VII. Extra has caussas manet jus illud, neque fœminam neque militem ad alienam caussam agendam aut tanquam procuratorem, aut tanquam defensorem vel suffragatorem accedere posse. Sed hic humanitatis caussa personæ quædam exceptæ sunt, pro quibus permissum est etiam fœminis caussa cognita agere. De quo ita Paulus in *L. fœminis*, 41. *D.* de proc. *fœminis*, inquit, *pro parentibus agere interdum permittetur caussa cognita:* simul quid in caussæ cognitione versetur adjicit: *si forte*, inquit, *parentes morbus aut ætas impediat, nec quemquam qui agat habeant.* Et bene istis conditionibus hæc procuratio admissa est: ex quibus apparet duabus rebus gravissimis cogentibus admissam esse, illinc necessitate rei familiaris paternæ, hinc officio et pietate filiæ. Quid tamen, si filia agens patris nomine conveniatur mutuis actionibus nomine patris? An non saltem hoc casu agere prohibebitur? Nam edictum prætoris non aliter quemquam admittit ad alieno nomine agendum, quam si is mutuo conventus recte caveat se dominum defensurum. *L. servum*, §. *ult. D. de proc.* At non videtur mulier id facere posse. Nam quæ pro alio defensionem suscipit in judicio, pro eo intercedit. Mulieres autem pro aliis intercedere senatusconsulto Vellejano prohibentur. Idcirco et suscipere hanc defensionem. *L.* 2. in fin. *D. ad Vellei.* Sed actionem patris denegari filiæ, ubi opus sit, grave et iniquum est. Quid enim, si pater egeat, et suum consequi velit? quid, si actionis dies exiturus sit nisi quis patris nomine experiatur, nec quisquam alius patris nomine agat quam filia? Rursum filiam pro patre agentem omnimodo admitti, nec cogi pa-

(5) Adrian. Pulvæ *ad. Fd. de alien. jud. mut. cu. C.* 11. Probe Castrens. *ad L.* 1. *hoc tit. n.* 25. hunc proprie Procuratorem dici, respectu habito ad jus, quia non deducit in judicium, actionem directam suo nomine. Respectu autem utilitatis, dici dominum, non Procuratorem. Etsi plerique hunc indistincte Procuratorem, non nisi improprie dici sentiant, ut retuli *supra C.* 9. *N.* 1.

(6) Non quanvis, sed omnis sui numeri *d.* §. 2. Quia hæc res ad commodum militiæ refertur: ergo per *L.* 25. *D. L.* 6. *Cod. de LL.* Aliud si caussa unius, plurimve ex commilitonibus, Ant. Fab. *in d.* §. 2.

trem boni viri arbitratu defendere, et contra edictum, et aperte injuriosum est. Quidvis autem pietatis caussa tribuendum est filiæ, dum ne id fiat cum alterius injuria. *L. nec avus, C. de eman. lib.* Quid ergo est? Semper superioribus conditionibus permittendum est filiæ agere pro parente. Sed et ipsam si defensio ab ea postuletur nomine patris, patrem defendere debere, eoque nomine utiliter adversario cavere. Quoniam autem hic metuitur, ne non possit id facere propter senatusconsultum de intercessionibus: vitabitur hoc incommodum, si caveat se in ea defensione senatusconsulto non usuram. Id si faciet, jure erit obligata, nec actor metuet senatusconsulti exceptionem. *L. ult. §. pen. D. ad Vell.* Non quod non intercedat magis, quæ se hac exceptione non usuram esse promittit: sed quia hactenus improbatur fœminarum intercessio, si per imbecillitatem sexus intercedant: hactenus, dum alii non decipiantur. *L. 2. D. eod.* Nunc autem quæ mulier se pro patre ream facit, ut ejus nomine agat eumve defendat judicio, cum res patris id postulat: hæc nihil intelligitur facere infirmitate sexus, sed (7) officii necessitate: cum neque patrem deserere debeat filia, neque possit ejus nomine postulare actionem, nisi hac conditione ut patrem defendat. Permissum est ergo fœminis supra scriptis conditionibus pro parentibus agere. Sed pro parentibus dictum est dumtaxat in *d. L. fœminis.* Quid ergo si fœmina iisdem conditionibus agere velit pro liberis?

VIII. De his quidem nusquam scriptum legimus. Sed admissa fœminæ procuratione pro parente, dubitandum non est, quin similiter, atque adeo multo magis admittenda sit pro liberis, si quidem liberos morbus impediat, et alium qui agat non habeant. Priorem suadet pietas debita parentibus: posteriorem pene matri extorquet caritas erga liberos, quam natura procliviorem in liberos et summam esse constat. *L. nam etsi, D. de inofficio testam.* Adde, quod liberorum caussa parentis caussa quodammodo est: cum pro affectu parentes magis in liberos, quam pro se ipsis et rebus suis teneantur: ut bene scriptum est a Paulo in *L. isti, 9. in fin. D. quod metus caus.* Dixi, si liberos morbus impediat, matri pro his agere permittendum: ætatem non dixi, quia si liberi (8) pupilli sint, mater his tutorem petet. *L. alienam, C. de procurator.* Puto et uxorem pro marito agentem (9) iisdem conditionibus admittendam, si maritum morbus, aut qua alia justa caussa impediat, nec habeat quemquam qui ejus nomine experiatur. Finge maritum abesse Reipublicæ caussa, aut teneri captivum ab hostibus. Vitæ conjunctio, omnisque juris communicatio inter maritum et uxorem constituta (id enim sunt nuptiæ. *L. 1, D. de rit. nupt.*) plane hanc sententiam exigit.

IX. De fœminis hæc dicta sunt. Nusquam de milite eadem legimus. Sed non dubitabimus exemplum transferre ad milites: ut (10) milites et pro parentibus, et pro liberis, et pro uxore possint agere,

(7) Hoc si ita est, uti est, nec renunciatio Senatusconsulti necessaria erit, quia nempe hæc intercessio Senatusconsulto non prohibita. Frustra vero quis renunciat juri sibi non competenti. Et recte *Gl. in L. 1. de app. recip.* ac Cyn. *in L. 18. Cod. h. t.* ref. Sich. *ibid. n. 6.* mulierem hic non juvari Senatusconsulto et argum. *L. 12. in fin. C. h. t.* et ne alias adversarius legis auctoritate deciperetur. Et si ipse Sich. post. Bartol. contra sentiat arg. *Auth. matri et aviæ C. Quan. mul. of. tut.* Sed ratio dispar.

(8) Si tamen pupillus in ea caussa sit ut tutor ei tam cito ad agendum constitui nequeat, matrem admitti censet Anton. Fab. *ad. d. L. 41.* post Sich. *ad d. L. 18. n. 2.* Quid si mulier tutrix liberorum? Admitti volunt Sich. *ad Rub. Cod. hoc. tit. n. 3.* Duar. *hoc tit. C. 4.* Chil. Konig. *Process. P. 1. hoc tit. pag. 155.* nec reprobat Gifan. *in d. L. 41. n. 9.* Plane jure Saxonum etsi a tutela hac non arceatur, quia tamen in caussis suis quoque curatoris auctoritate indiget, utique etiamsi ut tutrix experiatur, Zang. *de Except, P. 2. Cap. 8. n. 25.*

(9) Diss. Gifan. *ad L. 4. Cod. h. t. in fin.* quia, ait, ex jure nostro liberi parentibus plura debent, quam conjuges sibi invicem. Sunt et alii casus excepti. Ut in caussa liberali, pro necessariis personis *L. 3. §. 2. de lib. ca.* Quia cum ea honorem totius familiæ concernat, quodammodo caussam suam agit. Atque hinc quia carcer quasi species servitutis, uxores pro liberandis captivis audiri, scribit Gail. 1. *Obs.* 153. *n.* 9. Item mater pro filio, in caussa appellationis *L. 1. §. 1. de appell. recip.* Alios glossographi addunt, ut in caussa ad salutem animarum pertinente, repetitione usurarum, decimarum, etc. Tiraquell, *post LL. Connub. Gl. 5. n. 171.* et ubi ex æquitate, non ex stricto jure proceditur, Sich. *ad L. 18. C. h. t. n. 3* Ayrer. *Process. P. 1. Cap. 5. Obs. 5. n. 46.* ut inter mercatores, de dote, in foro Canonico. Quæ ceu commenta explodit Gifan. *in d. L. 41. n. 11.* Denique in abbatissa, vid. *supra N. 3.*

(10) Diss. Gifan. *in L. 7. C. h. t. n. 2.* quia disciplina castrorum, charitate liberorum et parentum, Romanis antiquior *L. 16. §. 7.*

si neque ipsi per se agere possint, et non sit alius, qui agat eorum nomine. Nam præterquam quod miles eamdem pietatem debet parentibus, caritatem eamdem liberis et uxori; etiam in milite hoc plus est, quam in fœmina, quod ille cum vir sit, parentis nomine agens virili officio fungitur, idest sexui congruente; fœmina idem faciens rem facit a sexu alienam. *d. L. alienam, C. de proc.* At enim scriptum est in *L. militem, C. eod.* militem nec pro patre, vel matre, vel etiam uxore procuratorio nomine experiri posse. Sed hoc generaliter scriptum exceptione superiore temperandum est, nisi justa caussa postulet, ut id permittatur. Nam et de fœminis generaliter scriptum est in *L. 4. C. de procur.* aliena negotia per eas agi non posse, nisi in rem suam mandatæ insint eis actiones. Et tamen non dubitamus, quin agere possint ex caussa pro supra scriptis personis, quæ et exceptio alibi tradita est, puta in *d. L. fœminis. D. eod.* Sciamus igitur nec in milite generalitatem illam superioris definitionis quidquam impedire, quominus et in eo eadem exceptio recte admittatur.

X. Ac qui conditione personæ prohibeantur procuratores esse, diximus. Est, ut proposui, inter eos qui prohibentur, alterum genus eorum qui prohibentur, ideo quia non habent ea quæ procuratoris munus desiderat: quæ quia præstare adversario non possunt, idcirco nec procurationem suscipere possunt sine adversarii injuria: quæ caussa est illos rejiciendi. Quinque sunt autem in munere procuratoris, hujus muneris propria, quæ quemque qui officio procuratoris idonee fungi velit, præstare adversario oporteat. Primum, ad caussam suscipiendam accedere jure agendi caussa, non adversarii opprimendi. Secundum, posse judicio adesse ita, ut possit semper cum opus est, ne quam moram necessaria absentia adferat judicio. Tertium, in ea caussa esse ut, cum aderit, judicium suscipere cogatur: cujus etiam suscipiendi caussa procurator accedit. Quartum, in lite tractanda ea facultate esse naturæ; ut intelligere et dicere possit ea quæ ad caussam pertinent. Postremum, si quas cautiones jus a procuratore exigat (de quibus dicetur postea) ut sit is procurator, qui eas recte præstare possit. Hæc omnia, inquam, procuratoris propria: quæ si recte exigimus, nempe qui ea præstare non possunt, procuratoris officio fungi non possunt. Et ita res habet: licetque ex his qui in hoc genere prohibentur, existimare: quorum quinque ordines observare possumus: totidem scilicet, quot sunt caussæ ad repellendum procuratorem superioribus officiis contrariæ.

XI. Primus ordo est hominum (11) potentiorum: qui vel vi, vel gratia, et importunis intercessionibus facile opprimere possunt tenuiorem adversarium. Id ne fiat per caussam susceptæ procurationis cavetur constitutionibus sub *tit. C. ne lic. potent. patroc. litig. præst.* et maxime (12) *L. 1.*

*de capt. et postl.* et Anton. Fab. *ad L. 8. §. 2. hoc tit. in fin.* et Jac. Ayrer. *Process. P. 1. C. 5. Obs. 5. n. 23.* quia magis patriæ miles quam parentibus adstrictus sit.

(11) Qui gratia, vel opibus pollent, ut Cujac. *in Par. Cod. d. tit. Ne lic. etc.* Sed imo potentior hic, ratione officii, dignitatis, vel magistratus, quo metus adversario incuti potest. Secus, si respectu divitiarum, vel existimationis, Azo *in Summa Cod. d. tit. n. 1.* Sich. *ad Rub. Cod. d. t. n. 1.* Trentacinq. *Lib. 2. Pract. Resol. Tit. de Postulat. Resol. 2. n. 6.* Idem tamen esse vult, si potentior sit ratione conveniendi, ut si per laicum fiat cessio ecclesiæ. Tametsi Sich. *d. loc.* hoc interesse sentiat inter *h. tit. et tit. D. ac C. de al. jud. mut. ca.* quod hic posterior loquatur de iis, quorum ratione fori conventio durior, ut militis. Sed Cujac. 8. *Obs. 31.* potentiorem utrobique pariter accipit, et differentias titulorum has tradit. 1.° *Tit. de al. jud. mut.* pertinet ad reum. Hic noster ad actorem. 2.° Ille de re translata, hic de actione. Prius discrimen reprobat Trentac. *d. Resol. 2.* dum statuit, quod pœnæ hujus tituli æque locus sit in reo, tum ob generalitatem rubricæ et *L. 1. C. h. tit,* tum ob correlativorum naturam.

(12) In illos jactura litis *L. 1.* et *2. Cod. d. tit.* non tamen ipso jure per voculam *afficerentur d. L. 1.* non *affecti essent.* Nec ex officio judicis mero, sed ad petitionem patris; Eo quod pœna hæc illius, non fisci, commodo cedat, Sich. *ad d. L. 1. n. 10. et seq.* In hos, cum exprimatur *d. L. 1. in fin.* arbitraria, pro caussæ, et circumstantiarum ratione, Sich. *ibid. n. 12. et seq.* Nec tunc tantum cum redimunt actiones, sed et cum gratia procurationem usurpant *d. L. 1. circ. med.* Diss. Menoch. *C. 276. n. 6.* Legibus Wisigothorum *Lib. 3. t. 2. L. 8.* cogitur potentior patrocinium præbiturus judicio exire, vel in duas libras auri damnatur, P. Greg. 49. *Synt. 4. n. 11* Pœnæ vero huic locus est, sive assumatur patrocinium per viam procurationis, sive per advocationis, ut Trentac. *d. loc.* (etsi Cujac. *in Par. C. d. t.* patrocinii verbo solam Procurationem intelligat, Postulare quemlibet contra quemlibet posse scribens.) Et sive gratia suscipiat, sive mercede data, si actionem et litem vexandi gratia redemit,

*eod.* ne liceat potentiores procuratores dare, eosque objicere adversario, neve potentioribus liceat id patrocinium litigantibus præstare; et quoniam facile fuit potentioribus ei legi fraudem facere territo adversario, ne ab eo rejicerentur: pœna gravis addita est eadem *L.* 1. si quid contra fieret: in eos quidem *qui patrocinium potentiorum sibi advocassent*, id est, ut iisdem constitutionibus explicatur postea, qui potentiores procuratores adhibuissent in subsidia negotiorum, ut *hi factura caussæ afficerentur.* In potentiores autem qui procurationem suscepissent, ut præsides provinciarum in eos *severa sententia vindicarent*, *ut hoc proposito metu*, ait lex, *judiciariæ lites potius suo marte decurrerent*, id est, æqua et legitima certatione, quæ judiciorum propria est; *quam potentiorum domorum opibus niterentur*, a quibus scilicet multa metui possunt, ne vi aut gratia contra jus grassentur. Inter potentiores recte numeremus fiscum et Rempublicam. Ideo etiam vetantur fiscus et Respublica cuiquam privato contra privatum procurationem præstare, ne si is quidem, cujus nomine caussam suscipiunt, illorum debitor esse dicatur. *L.* 3. et toto *tit. C. ne fisc. vel resp.*

XII. Sed hoc distat hæc interdictio a superiore, quæ pertinet ad potentiores privatos. quod satis esse visum est prohiberi, ne fiscus aut Respublica alienæ litis procurationem defensionemve suscipiant: nulla autem insuper pœna addita est, si quis hos procuratores aut defensores dederit, et illi officium susceperint, ut patet ex toto eodem Titulo, *ne fisc. vel resp.* Puto id esse caussæ, quod a privatis potentioribus vis et injuria metui potest. qui aut corrumpi possunt, aut privatis affectibus duci, ut cupiant illum vincere, cujus caussam suscipiunt. A fisco et Republica nihil horum metui potest, quia hujusmodi corruptelæ aut privatis affectibus non sunt obnoxii fiscus aut Respublica. Ita cum hic non sit eadem injuria patrocinii delati aut suscepti, satis fuit amovere gratiæ et potentiæ metum.

XIII. Secundus ordo est eorum, qui cum volunt, in judicio adesse non possunt: quo in numero sunt, qui Reipublicæ caussa (13) abfuturus est. quive perpetuo morbo tenetur: hi procuratores et defensores esse prohibentur in *d. L. neque*, 54. *D. de proc.* Non dubium, quin ob eam caussam quam dixi, quod cum procurator ideo adhibeatur ut certet judicio, ubi et secum experiundi potestatem faciat, id præstare non possit is, qui necessaria aliqua de caussa abesse cogitur. In hunc ordinem recte referemus, opinor, reum criminis constitutum. Hic inter cæteros vetatur defensionem caussæ suscipere ante quam purget innocentiam suam, ut est in *L. reum*, *C. de proc.* Quid caussæ esse putemus cum reus criminis nondum damnatus omnia jura sua integer retineat? *L. reo*, 41. *D. de solut.* Dicet aliquis id quod est in *L.* 5. *D. de publ. jud.* non convenire ut qui reus factus est, ipse nocens ad alium nocentem accusatum accedat priusquam se purgaverit. Sed hoc de accusatore recte dici potest, ad procuratorem privatæ litis non pertinet. Multoque minus ad eum qui defensionem alienam suscipit: in qua alium non oppugnat, sed sublevare et juvare conatur. Ac ne illud quidem satis firmum est si quis dicat, ideo reum criminis defensionem alienæ caussæ suscipere non posse, quia non conveniat qui in caussa criminali indigeat defensione, ipsum defendere alios. Cur enim impediat alienum crimen, quominus qui accusatur possit aut debeat juvare alios? Verius igitur dicemus, ideo reum criminis constitutum neque alienæ actionis procurationem, neque alienam defensionem suscipere posse, quia est is, qui ad hunc ordinem et caussam rejiciendi procuratoris pertineat: qui scilicet propter accusationem judicio privato quoties opus est certo adfuturus non sit (14). Aut enim carcerem vel vincula metuens se subducet; aut præsens conjicietur in carcerem: aut certe metus erit, ne conjiciatur. Quod omne incommodum una cum metu incommodi in hac re adimi oportet adversario.

XIV. Tertius ordo est eorum qui, cum

Procurator in rem suam; vel accepta, si agendam suscepit ceu Procurator alius, vid. Cujac. 8. *Obs.* 31. Eidem locus non est, in caussis capitalibus arg. *L.* 18. *C. de trans. L.* 1. *de iis qui sibi mort.* Sich. *in d. L.* 1. *n.* 8. Trentac. *d. Res.* 2. *n.* 9 Item si hos advocans litiget cum æque potentiori, qui id fecit, non ut incutiat metum, sed excutiat arg. *L.* 77. §. 31. *de leg.* 2. Trentac. *d. loc. n.* 8.

(13) In quo hæc ratio verior, quia caussam persequi non cogeretur *L.* 9. *hoc. tit.* Gifan. *in L.* 54. *h. n.* 4. quam illa A. Fabri *ibid.* quia huic paratum sit restitutionis auxilium.

(14) Ita et Gifan. *ad d. L.* 6. *n.* 3. non reprobans tamen et aliam, quod impudens videatur qui de vita fama, bonisve periclitans ipse, alienas lites suscipiat.

judicio adesse possunt, jure tamen judicium pati non coguntur: quos minime omnium procuratores fieri convenit: cum ideo procuratores accedant, ut cum his jure judicioque agatur. Et hi negantur defensores esse idonei, multoque magis procuratores ad agendum, in *L. neque*, 54. *de procu.* Quo in numero sunt magistratus populi Romani quamdiu magistratum gerunt. *L. pars*, *D. de judic.* Quod si magistratus; consequens fuit ut eodem loco esset et qui (15) magistratum initurus est: de quo in *d. L. neque.* Nam et hunc constat in eam caussam venire, ne judicium pati cogatur. Quamquam et magistratuum eæ occupationes sunt, ea dignitas, ut judiciis privatis tanquam procuratores aut omnino aut honeste interesse non possint: ut hac quoque ratione isti ad superiorem ordinem non male referantur.

XV. Quartus ordo est eorum qui, cum judicio aderunt quo et obstringi possunt, ea tamen dicere non possunt quæ ad caussam pertinent: vel quia loqui non possunt, vel quia non possunt exaudire quæ dicuntur ab adversario, ut apte respondeant; vel quia audientes non intelligunt. In hoc ordine sunt (16) mutus, et surdus: quos hac de caussa placet procuratores ad agendum dari non posse; etsi dari possunt ad administrandum, id est ad negotia extra judicium gerenda quæ litis et judicii actionem non desiderant. *L. mutus*, 43. in prin. *D. de proc.* In eodem ordine (17) haberi oportet pupillum, furiosum, prodigum qui quæ dicant aut ad quæ respondeant, non intelligunt.

XVI. Quintus et postremus ordo est minorum viginti quinque annis, quanvis adultorum. Hi (18) quibus in caussis satisdatione opus est, neque procuratores neque defensores esse possunt, quoniam cavere utiliter non possunt: his enim succurritur propter ætatem; sed et eorum fidejussoribus. *L. minor*, 51. *D. de proc. L. exigendi. C. eod.*

(15) Gifan. *in d. L.* 54. *n.* 7. et A. Fab. quia non præsens tantum tempus, quo idoneus est attendendum, sed totum judicii tempus, cum translatio in alium damnosa fere sit.

(16) Etsi ad negocia admittantur, *d. pr.* quæ sine verbis, et auditu peragi possunt, licet non ita commode. Sibi enim imputet qui præposuit, Gifan. *in d. L.* 43. *n.* 3. Male vero a Fab. vers. *forsitan et ipsi*, ceu Triboniani adjectionem damnans, hoc negat, quod tutor et curator mutus, surdus, dari non possit, quodque ad agnatos deducendus videatur, qui eum eligit Nam tutoris alia ratio, cujus officium non in personæ tantum tuitione et rerum gestione, sed et judiciorum persecutione et auctoritatis interventu. Et mutos certe ad negocia quæ vocem non requirunt, peragenda non inhabiles, sæpe etiam solertes experimur. Quid quod nec exempla desunt eorum, qui muti surdi nati, legere et scribere edocti. Fr. Valles. *de sacra Philos. C.* 3. *pag.* 57 Vasq. 3. *Ill. Contr.* 103. *n.* 2. Phil. Camerar. *Operar. succis. Cent.* 1. *C.* 37.

(17) De furioso *tex. L.* 2. §. 1. *h. t.* ubi negatur absentis loco esse, ad hoc scilicet ut Procurator dati possit. Cavillationi enim cujusdam occurrit IC. Alias omnino absentis loco est *L.* 124. §. 1. *de R. I. et simil.* Imo plus quam absens, A. Fab. *ad d. L.* 2. Cujac. *ad L.* 173. *de V. S.* Forner. *ad L.* 209. *eod.* Pac. 2. *Q.* 30. In prodigo ratio, et quia furioso comparatur, et quia judicio quasi contrahitur, vid. Jac. Ayrer. *Process. P.* 1. *C.* 5. *n.* 49. *et seqq.*

(18) De quibus pluribus *supra C.* 3. *n.* 7. ubi vide *N.* 19. Sunt et quidam de quibus justa dubitatio in certis caussis, sed qui non arcentur, ut 1.° heres fiduciarius in actionibus hereditariis datus a fideicommissario *L.* 42. §. 3. *h. t.* ubi in eandem personam concurrunt actiones directæ, quas retinuit heres, et utiles quæ in restitutione translatæ sed diversis respectibus. Illæ enim, quas Procurator datus suo jure habet, inutiles et inefficaces: hæ vero utiles. Sic enim et contra Procurator in rem suam habet actiones utiles jure suo, directas ex persona alterius qui cessit. Ant. Fab. *ad d.* §. 3. 2.° Dominus pignoris datus a creditore ad actionem Servianam *d. L.* 42. §. 4. Spectatur enim hic non tam res ipsa quæ petitur, ne videatur Procurator rei suæ, *contra L.* 1. *h. t.* quam jus creditoris in re, quod alienum. Paullo aliter Gifan. et A. Fab. *ad d.* §. 4. 3.° Correus credendi in actione de constituto, facto correo. Quia etsi inter eos communis obligatio fuerit, unde quisque suo nomine actionem habuit, si tamen alteri constitutum, postea alteri solvi nequit *l.* 10. *de constit. pec.* Et in actione constitutoria non sunt correi, Gifan. *ad d.* §. 4 *n.* 30. Aliud igitur, si datur ad agendum ex priori obligatione, contra quam Ant. Fab. *ad d.* §. 4. tum ne rei suæ procurator sit, tum per *d.* §. 4. argument. a contrario. Tametsi 4.° Correus debendi indistincte dari possit, etiam in eadem actione *d.* §. 4. non quod una numero obligatio non sit utriusque, sed specie, ut Gifan. *ibid.* Nec quod olim sola electione unius liberati cæteri, ut A. Fab. Hoc enim refellitur, per ea quæ *supra Lib.* 16. *Cap.* 25. *N.* 7. Sed quia alia ratio hic rei, quam actoris. Frustra agit alieno nomine, qui ex eadem caussa potest proprio. Ast non temere defensionem suscipit correi conventi, cum utique nomine proprio non possit suscipere litem, quia creditor cui libera alterutrius conventio est, contra hunc experiri non vult.

XVII. Sunt ergo hi qui procuratores aut defensores alienæ caussæ accedere prohibentur. Sed videndum est quatenus. Neque enim præfracte hoc jus accipitur, sed est ubi remittatur ad aliquem modum. Ac primum sive quis ad defensionem accedat ex superioribus, sive etiam agat alieno nomine; quod dicitur, superiores idoneos procuratores aut defensores non esse et rejici posse, sic accipiendum est, si initio in lite contestanda aut tunc cum primum ad agendum defendendumve accedunt repellantur ab adversario exceptione procuratoria: ut dicat adversarius, tibi procuratori aut defensori esse non licet ob has aut illas caussas de quibus diximus. Quos ad alienam caussam accedentes, omissa personæ inquisitione, adversarius admiserit: quicunque erunt ex superioribus, (19) idonei procuratores erunt deinceps, dummodo liberi sint, non servi: usque adeo, ut et milites alieno nomine agentes jure procuratores habeantur, si lis cum his contestata sit (20) omissa militiæ præscriptione. *L. ita*, *L. licet*, *C. de proc. L. filiusfamilias*, §. *veterani*, *D. eod.* Conditio hæc est exceptionis dilatoriæ, qualis est hæc procuratoria, ut initio litis recte opponatur: semel initio omissa post litem contestatam repeti non possit. *L. pen. L. ult. C. de except. L. Pomponius*, §. *ult. D. de procur.*

XVIII. Sed et in minoribus viginti quinque annis, quod dicitur eos idoneos defensores non esse et repelli posse, placet sic esse accipiendum ut repelli possint, nisi pro absente indefenso, et qui alioqui damnari potuit, interveniant. Tum enim multo justius esse hujusmodi defensorem audire, quam absentem quasi contumacem et indefensum gravi condemnatione afficere hoc in *d. L. exigendi*, *C. de proc.* Ubi notandum est rescriptum dicere, audiendum esse talem defensorem, non talem defensorem admittendum. Et recte. Non enim pro legitimo defensore et procuratore minor admittetur: primum quia jus vetat: ut vere dicatur in eodem rescripto potuisse judicem talem defensorem depellere ab officio procuratoris. Deinde quia fieret adversario injuria, si admitteretur minor ad suscipiendum pro absente judicium sine satisdatione; aut ita ut satisdaret quidem, sed frustra, cum minori succurratur. Sed audietur, inquam, talis defensor, ut rescriptum loquitur: quod significat, judicio adversus eumdem reum manente, nihilominus minorem verba pro eo facientem, et absentis innocentiam atque animum a contumacia alienum purgantem audiendum: quod in omnibus caussis admitti publice interesse Ulpianus scribit. *L. servum*. §. *publice*, *D. de proc.* Atqui in eo nulla fit adversario injuria. Nam si judex compererit absentem malam caussam habere, condemnabit eum: sin bonam; absolvet quidem: verumtamen etiam remoto omni defensore idem faceret, ubi ex iis quæ acta sunt, idem comperisset. *L. et post*, *D. de judic.*

(19) Intellige si civili, non naturali ratione arceantur. Quis enim dicet, non obiecta exceptione pupillo furioso, muto, surdove judicium consistere? Nec exceptio omissa in primo judicio, potest opponi in judicio appellationis *L.* 13. *C. h. t.* quia persona semel approbata, Gifan. *ibid.* et caussa eadem cum priori, eoque effectus suos litis contestatio porrigit. Sichard. *in d. L.* 13. *n.* 12. Si tamen post litem contestatam ortæ fuerint, vel ante justo errore ignoratæ: tunc demum compertæ exceptiones admittentur, vid. Ayrer. *Process. P.* 1. *C.* 5. *Obs.* 5. *n.* 60. *et seqq.* confer ea, quæ supra *Lib.* 17. *C.* 25. *N.* 14. Si post litem contestatam constitutus Procurator, necesse est ut in primo actu protinus repellatur, alias ille quoad hoc, pro litis contestatione est, Sichar. *ad L.* 13. *Cod. hoc tit. n.* 5.

(20) Hæc ratio non apta est quo ad militem qui, nec si velit adversarius, Procuratorem dare potest *d. L.* 8. §. 2. et tamen lite cum eo contestata, judicium consistit. Non quasi ex voluntate adversarii: nam et eo tacente, judex militem repellere potuit: sed propter auctoritatem et formam judicii constituti, si et judex et adversarius admiserint, vid. Anton. Faber *in d. L.* 8. §. 2. et Gifan. *n.* 18. Nam judex sane ex officio repellere potest, argum. *L.* 7. *de postul.* sed ante litem contestatam, quia cum pro parte supplet, ad observantiam ejusdem juris et termini adstringitur, Sichar. *ad L.* 13. *C. h. tit. n.* 9. *et seq.* Minori si non objecta hæc exceptio, an processus valeat, varie tractat Trentacinq. 2. *Pract. Resol. Tit. de Procur. Resol.* 3. *n.* 35. add. Zang. *de Except. P.* 2. *C.* 8. *n.* 24.

## CAP. XII.

### Ubi mandato opus sit ei qui alieno nomine agere, aut defensionem suscipere velit: et cujus in ea re mandatum; et quale requiratur.

*Continuatio atque ordo.* I.
*A defensore mandatum non exigitur et quare.* II.
*Exceptio.* III.
*Agentem sine mandato alieno nomine nihil agere, etsi de rato caveat.* IV.
*Quandocunque id appareat, etiam post litis contestationem.* V.
*Quid, si lis contestata cum eo qui agit mandato domini, non idoneus alioquin. Hujus a superiore differentia qualis.* VI.
*Contrariis occurritur.* VII.
*Cum de mandato incidit controversia, procurator admittitur, ubi caveat de rato.* VIII.
*Idem quando domini mandatum liquido probare debeat.* IX.
*Agunt pro alio etiam sine mandato sex genera personarum. Quæ sint, quibus hæ conditionibus agant.* X.
*Alieno nomine agentem sine mandato duo item admittunt genera caussarum; et quæ sint.* XI.
*Actionem sive defensionem mandat aut lex tutoribus et curatoribus.* XII. XIII.
*Aut dominus litis: qui talis; nec vero procurator, aut tutor, aut curator ante litis contestationem.* XIV.
*Contraria refelluntur.* XV.
*Tutor, aut Curator actorem periculo suo constituit. Actoris a procuratore differentia qualis.* XVI.
*Dominus litis actionem mandat, sive privatus sive universitas.* XVII.
*Hæc actorem sibi constituit, et quatenus.* XVIII.
*Constituit actorem civitati aut lex, aut ordo. Qui lex.* XIX.
*Ordo constituit, si duæ partes decurionum consentiant, non cum pars eorum major.* XX.
*Id vero secus in pluribus judicibus atque arbitris. Quæ differentia.* XXI.
*Constituit syndicum vel actorem. Uter ab altero qui differat.* XXII.
*Actorem dare num liceat cuicunque: quæ incidere possint controversiæ.* XXIII.
*Constituit sive per se, sive per duumviros.* XXIV.
*Dominus litis duplex. Qualis uterque.* XXV.
*Quare post litem contestatam fiat dominus litis, qui antea non erat.* XXVI.
*Nec quo tempore judicium consistit, maneat idem qui prior actionis dominus.* XXVII.
*Posteriore dato procurator esse prior desinit: ex pluribus simul datis qui agere prior cœpit, reliquos excludit.* XXVIII.
*Mandato inesse debet caussa, qua de agitur. Ex verbis hæc, aut ex sententia mandantis æstimatur, et quomodo.* XXIX.
*Mandatum omne verbis aut generale, aut speciale. Posterius hoc ab una caussa expressa excludit reliquas.* XXX.
*Nisi et illæ contineantur ex sententia mandantis: exempla.* XXXI.
*Generale mandatum species generis omnes complectitur, nisi quæ mandantis sententia excipiantur,* XXXII.
*Excipitur autem caussarum genus triplex. Quale unumquodque.* XXXIII.
*Item personæ quædam, et quæ* XXXIV.

I. Cum neque caussa, neque conditio personæ potestati alieno nomine agendi obstabit; tertium deinceps in ea potestate ordine requiremus, ejus ad quem ea res pertinet, mandatum: sine quo ut plurimum ad actionem alieno nomine movendam, aut alienam defensionem suscipiendam accedere non licet invito adversario: et non licet ideo quia concedi non potest sine adversarii injuria. Sed neque hic ubique mandatum exigimus: neque ita præcise, cum exigitur, ut semper certo id probari oporteat. Quapropter ubi mandato opus sit ei qui alieno nomine actionem aut defensionem instituet, et quatenus opus sit, hoc loco cognoscendum est. Quo posito, etiam illud sequetur ut cognoscendum sit cujus mandatum in eo, et quale requiramus.

II. Et in mandato exigendo alia caussa hic habita est defensoris; alia ejus qui alieno nomine movet actionem. Defensioni hoc tribuitur ut, dum caussa et conditio perso-

næ non impediant, admittatur quilibet ad alium defendendum et (1) sine mandato. Id enim est, quod Ulpianus dicit absentes a quibuslibet defendi posse, idque ita fieri publice utile esse. *L. servum*. §. *publice. D. de proc.* Publice utile, intellige, absentibus. Quam utilitatem ipse alibi sic explicat; ut absentis negotia geri possint licet ignorantis, sintque ex ea gestione mutuæ inter gerentem et dominum actiones, quod fit edicto de negotiis gestis; *magna*, inquit, *in eo utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur, vel pignoris distractionem, vel pœnæ committendæ actionem, vel injuria rem suam amittant:* hoc ille in *L. 1. D. de neg. gest.* Hoc sentit, certa hæc pericula imminere fortunis omnium, si ad defensionem absentium mandatum dominorum exspectetur. Neque enim domini divinare possunt, quando et quibus de caussis ab aliquo conveniantur: ut sæpe necesse sit eos conventionem ignorare, cui proinde defensione occurrere non possint. Sed etsi se conveniri non ignorent, tamen multis casibus impediri possunt, quominus possint defensioni superesse: quibus temporibus nisi defendantur, necesse est eos incidere in ea incommoda quæ dixi. Sed addendum est amplius, cum naturalis et civilis ratio suadeat meliorem alterius conditionem facere nos posse et ignorantia et inviti: *L. solvendo, D. de neg. gest.* defensionis istius æquitatem eo usque progredi debere ut non ignorantis tantum, sed etiam inviti defensio suscipi possit: quod et placuit. Inde dictum, unoquoque judicium pro nobis suscipiente et ignorantes nos et invitos liberari. *L. solutione*, 23. *D. de sol.* Sane qui alium defendit judicio satisdare debet adversario judicatum solvi. *L. ult. Inst. de satisd.* De quo postea sequenti capite. Sed non eo minus verum est ab eo mandatum non desiderari. Neque hujus non desiderati argumentum est satisdatio, quasi hæc in locum cessantis mandati adhibeatur: cum etiam mandato interveniente, nihilominus locus sit huic ipsi cautioni.

III. Unum genus caussæ exceptum est, in quo etiam a defensore mandatum, et id quidem speciale exigitur. Ea est omnis caussa famæ. Cujus generis exemplum proponitur suspecti tutoris accusatio in *L. non solum*, 39. §. *ult. D. de proc.* exstatque de ea apud Ulpianum distinctio in hanc sententiam, ut si quidem absens tutor qui suspectus postulatur, ita habeat, ut de voluntate ejus in defensione vel retinenda vel alii mandanda statim cognosci non possit, et prætor de suspecto (2) cogniturus est, ibi quivis defensor pro absente interveniens etiam sine mandato audiatur: sin tutor in eadem civitate est, aut non procul abest, ut quid de defensore fieri velit et facile et cito cognosci possit; negat Ulpianus suspectum hoc casu per procuratorem excusandum, nisi constet ei a tutore mandatum, idque nominatim: *quia*, inquit, *famæ caussa est.* Id est, quia caussa famosa est, in qua de existimatione et fama tutoris agitur. §. *suspectus autem remotus, Inst. de suspect. tut.* Merito id genus caussæ (3) non cuivis temere committenda est, ne defensor male agendo et tutorem condemnationi judicis subjiciendo lædat absentis existimationem. Ergo eodem exemplo idem probabimus si qui conveniantur furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo, pro socio, tutelæ, mandati, depositi: quoniam et hæ omnes caussæ sunt famosæ. *L. 1. D. de his qui not. infam.* Nec ad rem pertinet quod, alio defensore caussam agente, dominus non damnatur eoque nec summo jure fit infamis. *Licet enim*, inquit Julianus, *verbis edicti non habeantur infames*

(1) Et hic specialis defensor dicitur, ut *supra C. 9. N.* 3. De quo vid. Rosbach. *Process. Tit.* 13. *n.* 10. *et seq.* Chilian Konig. *Process. P. 1. Tit. Bon dem Vertretter oder defensore p.* 183. *et seq.* Suerin. *Rep. Lect. C.* 12. Ubi differentiam Procuratoris et defensoris hujus persequitur. Et defensorem hunc soluotarium vocant, secernentes a necessario, qualis est Procurator in reconventione, Rosbach. *d. T.* 13. *n.* 2. *et* 3. Gifan. *in L.* 43. §. *ult. h. t. n.* 17.

(2) Si scilicet edictis evocatus copiam sui non fecerit, prævia diligenti inquisitione *L.* 7. § *ult. de susp. tut.*

(3) Recte. Nec probo quod Wesemb *in Par. h. t. n.* 5. et Bronch. 1. *Assert.* 55. quoad caussas famosas ita distinguunt, ut si pœna certa iis præstituta, relegatione levior, admittatur Procurator *L.* 42. §. 1. *h. t.* Sin arbitraria et incerta petatur, repudietur idem, quia hæc augeri, et ad mortem extendi possit. Et sic exaudiunt *d. L.* 39. §. *ult.* Nam si hæc ratio *d.* §. *ult.* quia suspectus corporaliter puniri potest, ne quidem cum speciali mandato procurator audietur, extra casum quo absens damnari potest, per ea quæ *supra Cap.* 10. *N.* 5. Ac recte Menoch. *Arbitr. Quæst.* 80. *n.* 12. *in d.* §. *ultim.* caussam esse civilem principaliter, ac Farinac. communem hunc intellectum esse testans *QQ. crim.* 99. *n.* 41. Pejus Anton. Faber. *in d. L.* 39. §. *ult.* totum vers. *Sed non facile d.* §. *ult.* ceu ineptum Triboniani emblema damnat.

*ita condemnati; re tamen ipsa, et opinione hominum non effugiunt infamiæ notam L. 2. D. de obseq.*

IV. Diversa caussa est ejus, qui alieno nomine movet actionem. De quo, paucis et caussis exceptis, ita in universum jus est, neminem sine mandato alieno nomine experiri posse. *L. 5. §. ult. D. de præsc. verb.* Merito. Nam si actio est jus persequendi judicio, quod debetur: nemo alium judicio conveniendi, et ab eo quid persequendi jus habet, qui nullam habet actionem: exstatque hæc sententia in *L. si pupilli, 6. §. ult. D. de neg. gest.* Jam vero qui alieno nomine sine mandato agit, is nullam actionem habet. Non enim habet propriam, cujus de re non agitur: non habet mandatam, cui mandatum nihil est. Quare nec is alieno nomine potest judicio experiri. Quod quidem nullam dubitationem habet in eo qui sic agat alieno nomine, ut nec ullam indemnitatis cautionem offerat reo. Sic enim manifesta injuria afficitur reus: cum sive absolvatur, elusorium ei judicium futurum sit, manente domino eadem actione: sive condemnetur, damnosum: ubi pecunia exacta nihilomagis liberetur ab eo, cujus nomine actum est. *L. solvendo, D. de neg. gest.* Sed finge eum qui alieno nomine agit, satisdare dominum rem ratam habiturum. Et si se procuratorem dicat, qui agit, in re dubia audiri potest satisdationem offerens: de quo postea. Sed si fateatur sibi mandatum nihil esse, nec si satisdationem offerat, (4) eo magis audietur. Non enim facit satisdatio ut magis actionem habeat is quem constat per se nullam habere. Ejusque rei certum argumentum est, quod quædam sunt personæ certæ, quibus solis hoc concessum sit ut alieno nomine agere possint sine mandato, si satisdent dominum rem ratam habiturum, de quibus paulo post. *L. Pomponius, §. ult. D. de proc.* Idem declarat illa definitio *L. 1. C.* eod. *cautio ratihabitionis tunc exigitur a procuratore, quoties incertum est, an ei negotium mandatum sit.* Hoc enim significat, quoties de mandato certum est in alterutram partem, ut vel constet id intervenisse, vel constet nullum esse, ibi cessare ratihabitionis cautionem: nempe quia priore casu cautio supervacua est: posteriore autem procurator non admittitur, quantumvis cautionem offerat. Nec simile est, quod actor agendo quemvis defensorem cum satisdatione admittere cogitur. Multum enim interest, utrum quem judicio oppugnes, an judicio pulsatum defendas. Oppugnando semper (5) deteriorem conventi conditionem facis, si nullo jure tuo, quoniam cogis eum judicium et litem pati, qui prius nulli judicio subjiciebatur. Pulsatum defendendo facis ejus conditionem meliorem; quod omni ratione concessum est. *L. solvendo, D. de neg. gest.* actoris deteriorem non facis: cum si ei videtur non litigare, neque hunc neque alium defensorem habere cogatur. Sin ei judicio agere placet, nullum ejus incommodum sit extraneum defensorem admittere, a quo æque jus suum potest consequi.

V. Adeo autem verum est neminem alieno nomine sine mandato experiri posse invito adversario, ut si quis initio litis mentitus sit se procuratorem esse, cui mandatum nihil erat, et ita eo admisso lis cum eo contestata, cum forte in ejus personam quæsitum non esset: si quo casu postea falsus procurator inveniatur, placeat reum eo judicio non teneri, atque adeo nullum judicium esse. *L. licet, C. de proc.* Optima ratione: nam si recte definitur actio jus persequendi judicio; non est actio intentata sine judicio, nec judicium in rebus privatis sine actione. Reciprocantur enim in sese definitum et definitio. Jam autem effectum est, eum qui vere procurator non est, idest, cui non est mandata actio, alieno nomine agentem nullam actionem habere neque propriam, neque mandatam. Quo fit, (6) ut simul atque de eo constiterit, retroversus intelligatur judicium non constitisse.

VI. Initio quidem litis in personam pro-

(4) Vulgo ita: Aut certum est habere mandatum, et cautione non oneratur: aut certum est non habere, et nec cum ea admittitur, nisi sit unus ex conjunctis et ut conjunctus adsit. Aut dubitatur de mandato et cum cautione admittitur: Duaren. *hoc. tit. Cap.* 7. P. Gregor. 49. *Syn.* 4. *n.* 9. Azo *in Summa C. h. t. n.* 23. Magon. Cynos. *advocat. Capitul.* 17. *n.* 18. *et* 2. *seqq.* Gifan. *ad L.* 39. §. 1. *h. t. n.* 7. *et* 8. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 16. *n.* 3.

(5) Etsi enim videatur cautione rati de indemnitate prospici, expedit tamen intacta potius jura servari *L. ult. C. In quib. caus. rest.* Ad hæc interest adversarii molestia diversorum judiciorum non vexari *L.* 6. *de minor.* cujus molestiæ æstimatio vera iniri nequit. Timæ Fab. 1. *Annal.* 21. *n.* 1.

(6) Hinc insanabilis reputatur nullitas, defectu mandati, Octav. Vestr. *Pract. aulæ Rom. Lib.* 5. *C.* 13. *n.* 3. *ibique in annot.* Gravat. *lit. G.* Et ideo in quacunque parte litis, etiam in executione judicati, opponi exceptio falsi procuratoris potest, Duaren. *h. t. C.* 7. *initio* Magon. *Cynos. advocat. C.* 7. *n.* 35. *et n.* 38. Anton. Fab. *ad L.* 8.

curatoris inquiri jubetur et hoc quæri, idoneus sit procurator, an non sit; puta, utrum miles sit necne, qui alieno nomine agit vel convenitur: placetque, hoc prætermisso, eum procuratorem manere cum quo lis contestata est *L. ita, C. de procur.* Sed hoc dictum est de vero procuratore, idest de eo qui mandato quidem domini agat, sine quo non est procurator: sed conditione personæ impediatur, quominus sit procurator invito adversario. Multum refert ad rejiciendum eum qui alieno nomine agit, utrum mandato domini agat alioqui per se non idoneus: an vero per se idoneus agat sine domini mandato. Qui mandato domini agit, vere et procurator est, et habet actionem mandatam: ut non possit tanquam qui actionem non habeat, summoveri. Potest quidem rejici ob conditionem personæ. Sed, si initio litis admissus erit, nihil est impedimento, quominus judicium consistat. Obstabat enim ei sola adversarii voluntas, cui datum est ut posset, si videtur, procuratorem rejicere. At is, omissa initio exceptione, procuratorem tanquam idoneum admisit; certe omnem eam exceptionem quæ dilatoria est, omittendo amisit. *L. penult. L. ult. C. de except.* Cum autem experitur quis sine mandato, quamvis alioqui idoneus, huic constitit nullam esse actionem: proinde nec si tanquam procurator agat, posse cum eo consistere judicium. Jure certe ab initio consistere non potest, ubi nulla sit actio. Voluntate autem adversarii ideo non constituitur, quia tanquam procurator admissus est. Apparuit autem postea eum procuratorem non esse. Qui in aliquem tanquam procuratorem consensit, perspicuum est eum in illum, si procurator non sit, non consensisse. Denique error non habet consensum. *L. 2. in princ. D. de jud.*

VII. Hic occurretur ex *L. licet, C. de proc.* ubi in hac ipsa specie falsi procuratoris initio ita traditur, debere in principio personam inquiri procuratoris, an ad agendum negotium mandatum a domino litis habeat. Quorsum hanc inquisitionem in principio exigere, nisi ut intelligatur, si ea initio omissa sit, seram esse postea ejus inquisitionem? Quod et verum est: sed hactenus post litem contestatam id inquirere non licet, ut non possit procuratori ultro hæc controversia fieri, quasi procurator non sit, et peti ut de eo quæratur. Id quod et rescriptum intelligit. Subjicit enim, licet superius in re dubia ita est; tamen, si quo casu postea falsus procurator inveniatur: id est, si per se cœperit constare eum qui tanquam procurator egerat, procuratorem non esse: tum in re manifesta non posse esse judicium. Finge (7) constare postea vel ipsius procuratoris confes-

§. 2. *h. t.* Sichard. *ad L.* 13. *C. h. t. n.* 9. *et ad L.* 24. *n.* 2. Etsi enim exceptionem procuratoriam hoc quoque casu dilatoriam dicamus, non vero ut A. Fab. *d. loc.* post alios quos citat Sigism. Scaccia. *Lib.* 1. *de Judic. causs. civil. etc. C.* tot. *n.* 46. peremptoriam: tamen regula de dilatoriis ioltim opponendis fallit, quando dilatoria tam efficax, ut probata processum invalidet, veluti hæc, ut et exceptio incompetentis judicis, male concepti libelli etc. Probata enim tali exceptione, cum acta nulla fiant, perinde judicatur ac si nec ulla litis contestatio fuisset, ait Sichar. *in d. l.* 24. *n.* 4. *et* 3. Et censetur itaque ante litis contestationem objecta, quia deficiente una personæ ex tribus iis quibus judicium consistit, necesse est omnes actus judicii, proinde et litis contestationem, nullam fieri, Gail. 1. *Obs.* 47. *n.* 2. add Joan. Bapt. Asin. *Praxi judic.* §. 13. *C.* 2. *limit.* 8.

(7) Unde si post litem contestatam objiciatur, onus probandi falsitatem Procuratoris incumbit excipienti, Sichar. *ad L.* 24. *C. h. t. n.* 6. Nec tantum si mandati instrumentum prius approbatum, deinde id falsum esse, vel revocatum contenditur; Sed etsi mandatum plane nullum antea exhibitum: Eo enim ipso, quod litem cum illo contestari passus est, constituit eum in quasi possessione Procurationis; et sibi imputet, quod non exegerit, Vasquius de communi testans 2. *Contr. usu freq.* 16. *n.* 4. Zang. *de Except. P.* 2. *C.* 8. *n.* 17. Ubi tamen judicem ex officio posse exhibitionem mandati, etiam lite contestata, desiderare; cum id litibus citius finiendis et ne judicia fiant elusoria conducat, itaque usu servari perhibet, add. Vasq. *d. C.* 16. *n.* 2. *et* 3. Alex. Stinticus *Pract. Obs. C.* 3. *n.* 5. Rulant *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 8. *n.* 3. Magon. *Cynos. advoc. C.* 17. *n.* 26. *et seq.* Nicol. Anton. Gravat. *Annotat. ad Pract. Vestrii Lib.* 4. *Cap.* 5. *tit. A.* et Sigism. Scaccia *Lib.* 1. *de Judic. causs. civil. crim. et hæret. Cap.* 101. *n.* 33. qui hanc æquiorem et receptiorem vocant, licet contraria quoque dicatur communis. Judicium vero cum falso Procuratore susceptum, tametsi nullum sit respectu principalis, ratione Procuratoris ipsius asserti valere volunt, per *L.* 61. *h. t. L.* 4. *pr. de re jud.* Quæ tamen LL. de eo qui se liti obtulit loquentes, non de Procuratore actoris exaudiendæ, quia is condemnari nequit in caussa principali, proinde nec actio judicati in eum dari potest, licet si de rato caverit commissa stipulatione teneatur ad id quod interest, ut *infra C.* 14. *n.* 35. Sed de defensore rei, qui sine mandato admittitur, vid. Donell. *ad d. L.* 4. *pr.* Cujac. 14. *Observ.* 30. Sed quid si sententia pro falso Procuratore lata, nunquid

sione, vel domini obnuntiatione cui ille non adversetur, vel ex instrumentis caussæ ex quibus pateat denegatam esse procuratori eam ipsam actionem. Hæc ergo certa, quamdiu fatebitur quis sibi mandatum nihil esse, aut aliter nullum mandatum intervenisse constabit.

VIII. Quid si de eo erit controversia, ut dicat qui alieno nomine agit, se procuratorem: sed reus neget et postulet sibi probari? Regulæ communes juris id postulare videbantur, ut quoniam qui agit sibi mandatam actionem esse dicit, idque ipsum ad fundandam intentionem suam dicere cogitur, id probare debeat, neque aliter audiatur. *L. 2. D. de prob. L. actor. C. eod.* Sed in hac specie jus temperatum est, placuitque eum, qui sibi mandatam actionem esse dicit, admittendum esse, quamvis de mandato nihil probet, si modo satisdet dominum rem ratam habiturum. Idque est quod significatur superiore illa definitione *L. 1. C. de proc.* ratihabitionis cautionem tunc exigi a procuratore, quoties incertum est, an ei negotium mandatum sit. Jus ideo constitutum, quia in hac incertitudine tam potest fieri, ut negotium ei mandatum sit quam ut non sit. Quod si mandatum est, iniquum est eum removeri. Si non est; tamen hic periculum non metuemus, quia superiore cautione aliunde adversus id periculum satisfactum est reo. Dum autem hoc modo utrique consulatur, valde inutile esse visum est altiorem quæstionem inducere de mandato, non necessariam reo, actori autem etiam damnosam. Injicit præterea judicio moram: quam omnem, nisi aperte necessaria est, publice expedit præcidi. Pertinet enim ad lites celerius dirimendas, efficitque et ut sit quam minimum litium. Quod ut fiat, ut publice utile, præcipue leges student. *L. quidam, D. si cert. pet. L. properandum, C. de jud. L. ult. D. pro suo.*

IX. Una caussa est, in qua propter periculum reo imminens placet procuratorem alieno nomine agentem non aliter admitti, quam si mandatum domini liquido probet. Ea est, cum nomine ejus cui fideicommissa hereditas relicta est, procurator petit ab herede, ut hereditatem adeat et restituat. Hic, inquam, placet heredem qui suspectam dicit hereditatem, non esse compellendum adire, nisi certum sit dominum ad quem ea res pertinet, mandasse, quantumvis procurator cautionem de rato offerat. Et hoc propter periculum hereditatis aditæ; quod tale est, ut heres oneribus hereditariis obstringatur; quibus et perpetuo obstrictus mansurus est, si fideicommissarius de hereditate restituenda nihil mandavit. Nec multum ei profuerit cautio ratihabitionis: quoniam fragiles hæ cautiones esse solent: et nimis magnum periculum est æris alieni, quod imminet. Hæc ad istam sententiam in *L. qui ita, 66. §. 1. D. ad Treb.*

X. Interdum tamen etsi constet ei qui alieno nomine agit, mandatum nihil esse (puta agentem id fateri) licet nihilominus agenti etiam sine mandato experiri. In quo (8) exceptæ sunt partim personæ quæ-

domino prodesse poterit, ex ratihabitione post sententiam, ut inde ipsi judicati actio itemque utilis ex stipulatu, ob commissam judicatum solvi cautionem huic Procuratori præstitam, detur? (Siculi inter omnes convenit, ex eadem obesse illi posse *L. 3. §. ult. Rat. rem. hab.*) Et quanquam hic varient DD. nec desint qui non, nisi in sui præjudicium probare posse, contendant, Mynsing. 1. *Obs.* 44. Fachin. 8. *Contr.* 61. quod ratihabitio congruo tempore interponi debeat, instantia necdum perempta: Crebrius tamen eo itum est, ut indistincte va[illegible] hæc ratificatio, sive a majore sive a minore facta, per *L. licet* 56. *de judic.* Imputet enim sibi pars adversa, quod judicium cum falso Procuratore peregerit. Et quando actus alterius nomine gestus, ab initio habuit omnia essentialia, solo deficiente consensu illius, superveniente eo retro validatur *L. 16. §. 1. de pign.* Gail. 1. *Obser.* 47. *n.* 4. rebus judicatis firmans Teshaur. *Decis.* 7. *n.* 1. Martin. Monter. a Cueva *Decis.* 40. *n.* 67. Trentac. 2. *Pract. Resol. Tit. de Procur. Resol.* 2. *n.* 2. Tiraq. Fab. 1. *annot.* 20. qui hoc præter alios comprobat ex *L. 3. §. 2. et seq. Jud. sol. L.* 22. *§.* 3. *Rat. rem hab.* quas eleganter inducit, quæque hoc firmissime probant. Absurdum certe stipulationem *rati* semper in eum finem interpositam, ut ratum habeat dominus, nunquam eum finem sortiri, sed semper committi caussa ab adversario obtenta: add. not. *infra C.* 14. *N.* 1. *et* 2.

(8) Quos tamen tacitum habere mandatum præsumi ex conjunctione et affectione personarum, quæ facit ut nulli facilius libentiusque non daturus credatur dominus, vult A. Fab. *ad L.* 35. *§.* 1. *et ad L.* 40. *§. ult. h. t.* Nec ideo tamen veri sunt Procuratores, vid. *infra C.* 14. *n.* 4. alias nec de rato caverent: Nec mandatum habent a lege, ut quidam, Jo. Bapt. Leonell. *de Subrept. rescriptor. Q.* 3. *Artic.* 10. quia Lex agere tantum permittit, non mandat. Unde nec in statutis nomine Procuratorum veniunt, Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 23. *n.* 9. Ac nec sententia pro iis dicta prodest, nec adversa nocet domino litis *L. 7. C. de reb. cred.* nisi ratum habeat ita, ut *N. præced.* Quin immo necesse est ut tanquam conjunctus aliquis horum interveniat. Nam si ut Procu-

dam, quæ agunt; partim caussæ, de quibus agitur. Personæ in hoc numero admissæ pro aliis, genere sunt sex: (9) liberi pro parentibus, etsi liberi sint in potestate: parentes pro liberis: fratres pro fratribus et sororibus: (10) affines pro affinibus: liberti pro patrono: (11) maritus pro uxore, hoc officium exigente partim pietate et

rator, nihilominus exigi mandatum poterit. Quare forma comparationis animadvertenda, si recte Sichard. *in L.* 12. *C. h. t. n.* 14.

(9) Non tamen naturales, contra quam vult Peck. *de Jure sist. C.* 3. *n.* 4. quia, jure civili, ut liberi non considerantur; Procuratio vero officium civile *L.* 2. *de R. J.* Minus spurii, vel incestuosi, Sich, *in L.* 12. *C. h. t. n.* 13. Rosbach. *Process. Tit.* 14. *n.* 7. Filiusfamilias autem sine mandato patris in omnibus caussis, vid. Sc. Gentil. *de Bon. matern. C.* 26. *p.* 173. *et seq.*

(10) Puto proximos solum significari, puta socerum, generos, vitricos et sororios. Quia enim cognatorum qui sunt ultra fratres *in d. L.* 35. *pr.* nulla mentio, jus vero hoc singulare, extra personas non trahendum, consequitur eodem gradu admitti affines, quo cognati. Tantum vero abest, ut transversales ad decimum usque gradum, quousque porrigi successio creditur, admitti cum Sich. *ad d. L.* 12. *n.* 6. Rosbach. *Process. T.* 14. *n.* 3. statuam; ut ne quidem ad quartum usque gradum, cum Chil. Konig. *Process. Tit de Excusat. et defens. p.* 186. aut tertium, ut statuta Hamburgens. *P.* 1. *tit.* 10. *artic.* 1. audiri putem, nullis hanc facultatem, nisi quibus ipsa legis verba dant, tribuendam censens, cum fratrum appellatio propria agnatos, rogoatosque ulteriores non complectatur, Goth. *de Tutelis Elect. Lib.* 3. *pag.* 52. Tametsi contraria sententia a plerisque omnibus recepta sit, ita tamen ut multi, judicis arbitrio, pro more regionum, definiendum quis hic conjunctus habendus relinquant; vid. Joan. Monac. *Pract. judi. P.* 6. *C.* 4. *n.* 10. *et seqq.* Unde DD. contentio an hoc jus obtineat in amico, non levi notitia conjuncto. Quod etsi negent Peregrin. Iannio. *de Citat. reali Lib.* 3. *C.* 3. *n.* 1. Chil. Konig. *Process. P.* 1. *Tit. de Excusat. p.* 187. *et* 191. Gail. 2. *de Pa. publ.* 10. *n.* 28. *et* 1. *Obs.* 133. *n.* 2. adversam opinionem usu eeprobari scribens, et Gifan. *ad L.* 35. *pr. h. t. n.* 4. arg. *L.* 20. *de neg. gest.* ac communem esse testatur Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 23. *n.* 7. Admisso tamen illo præsupposito de cognatis ad decimum vel saltem ad quartum gradum admittendis, omnino affirmandum foret cum Sich. *in L.* 12. *C. h. t. n.* 7. Tiraq. *in L.* 8. *C. de revoc. don. v. libertis. n.* 102. *et de pæn. temper. Cap.* 22. *n.* 34. *et seqq.* Vasq. *d. n.* 7. P. Peck. *de Jure. sist. C.* 3. *n.* 8. Rosbach. *d. Tit.* 14. *et seqq.* Quia certe amicitia interior, præferenda conjuctioni sanguinis et affinitati remotiori, non tantum ex Philosophorum, Cic. 1. *Off. et in Lælio.* Valer. *Lib.* 4. *C.* 7. pulchre Fr. Petrarcha *Lib.* 1. *de Remed. utriusque fortunæ Dial.* 52 sed et nostrorum sententia *L. pen. pr. D. L. cum allegas* 4. *C. de castr. pecul.* scite Decian. 3. *Tract. crim.* 5. *n.* 13. Tiraq. *de Pæn. Cap.* 22. *n.* 44. Et quis neget majorem esse plerumque, affectionem erga familiarem intimum, quam erga cognatos nimis remoto gradu junctos, quos multi plurimos quandoque habent invisos, et ignotos. Quare prior sane sententia absolute verior; posterior vero hæc ex prædicta hypothesi utriusque opinionis assertorum probabilior. Plane et in conjunctis exceptionem tradunt; nisi contra conjunctum in pari gradu agant, P. Gregor. 49. *Synt.* 4. *n.* 8. Et si plures concurrant, conjunctiores præferendi, per L. 5. §. 5. *de his qui dejec.* Sich. *ad d. L.* 12. *n.* 12. Konig *de T. p.* 185. vel, si omnes æquales, idoneior arg. *C.* 6. §. *ult. h. t. in* 6. Canonicum quoque, seu conjunctam personam, pro ecclesia sua audiri, per *C. coram.* 34. *et ibi not. de of. deleg.* vult. Bover. *Singul.* 26. *n.* 18. Et generaliter clericos, ac monachos in caussis ecclesiæ, vel monasterii sui, sine mandato admittit, per *Cap.* 14. *de censib. C.* 4. *de confirm. utili vel inut.* Ayrer. *Proces. P.* 1. *L.* 5. *Obs.* 2. *n.* 32. Sed et magistratum pro civitate, et subditis ita recte experiri vult Worms. *Tit.* 5. *Obs* 18. *n.* 6. Quod ita admittit Gail. 1. *Obs.* 125. si ipsius domini aliquo modo, saltem in consequentiam, intersit ut si alius ab iis collectas exigat, in agricolatione turbet etc. Neque nimis generale illud, quod interest domini, subditos habere locupletiores, hic attendi. Denique socios inter se invicem, habere tacitum mandatum a lege, vult. *Glos. in L. nemo* 68. *pro soc.* de quo Trentacinq. 2. *Pract. Resol. T. de Proc. Resol.* 8. hoc declarans *n.* 2 circa ea scilicet circa quæ expresse contractas societas, non alia.

(11) De quo, ratione bonorum, hæc vulgaris distinctio est. Aut agit maritus de dotalibus, et nec cautio rati exigitur; Idemque jus in paraphernalibus, per *L. ult. C. de pact. convent.* Aut de aliis, quæ sibi peculiaria uxor retinuit, receptitiaque vocant, et tunc satisdatio solemnis requiritur. Atque ita restringunt *d. L.* 21. Sich. *ad L.* 2. *C. h. t. n.* 2. Bus. *ad L.* 35. *D. h. t. n.* 2. Myns. 1. *Obs.* 53. Gail. 1. *Obs.* 133. *n.* 7. Zang. *de Except. P.* 2. *C.* 8. *n.* 7. Bronch. 1. *Misc. Ass.* 27. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 2. *n.* 42. Sed, illam distinctionem, seu absurdam, reprobat Gifan. *ad d. L.* 21. *C. h. t. n.* 4. *et seqq.* volens immo receptitia non alia esse, a paraphernis, nec recte tria rerum uxoris genera statui. Sic enim Agell. 17. *Noct.* 6. docet receptitia nuncupata, quæ doti non data sed retenta, vid. Curt. 1. *Conject. ad Fr.* 39. Anton. Hotom. *de Veter. rit. nupt. C.* 8. Quanquam et Cujac. *ad tit.* 6. *Ulpian.* diversa censet paraphernа quæ extra dotem ad virum delata, et receptitia quæ non delata. Ut ut sit *d. L.* 21. indistincte de rebus uxoris loquens, ad hasce angustias rem cogi non sinit. Plane in dotalibus nec manda-

conjunctione personarum, partim obsequio his debito, quorum nomine agitur. De prioribus quoque est in *d. L. sed et hæ*, in princ. *D. de proc.* de marito est in *L. maritus*, *C. eod.* Non numeravimus in his fœminas, ut diceremus filiam pro parente, matrem pro liberis, sororem pro fratre, uxorem pro marito sine mandato agere posse. Effectum est enim supra fœminas conditione personæ in totum ab hoc officio etiamsi mandatum habeant, excludi. In quo tamen illam exceptionem tenere oportet quam ibi adieci, nisi justa caussa sit quæ fœminas hic admittat. Ex caussa admitti filiam pro parente; matrem pro liberis, uxorem pro marito. Admittendi autem caussam hanc esse, si parentes, liberos, maritum necessitas aliqua impediat quominus per se agant, et nemo sit qui eorum nomine experiatur. *arg. in L. fœminas. D. de procur.* Sed et hæ et superiores personæ omnes sine mandato agentes duabus conditionibus admittuntur. Una est, si modo non aperte (12) repugnet eorum quorum nomine interveniunt, voluntas: adversus quam si evidens sit quemquam experiri, nemo omnino audiendus est. *L. Pomponius*. §. *ult. D. de procur.* Sic enim fit, ut certum esse incipiat eum qui alieno nomine agit, nullam omnino actionem habere, neque propriam, neque mandatam: sine quo nullum agenti jus est cogendi adversarium ad judicium suscipiendum, ut supra dixi. Quo loco notandum est, parentis et cæterorum quorum nomine agitur contrariam voluntatem non tantum tunc intelligi, cum nominatim suo nomine agi vetant in hac aut illa caussa; sed etiam tunc, cum de certa re exigenda specialiter mandatum intervenit, et supra scriptæ personæ agunt de alia. Speciale mandatum sic accipitur, quasi ejus caussæ solius quæ expressa est, mandata sit actio: cæterarum omnium interdicta. Quod sub persona mariti confirmatur in *L. maritus*, *C. de proc.* hoc modo. Maritum constat de rebus uxoris agere posse citra mandatum. Hoc igitur si maritus nullum mandatum acceperit ab uxore de re aliqua. *Sin autem*, ait lex, *mandatum susceperit; licet maritus sit, id solum exsequi debet quod procuratio emissa præscripserit.* Non alia de caussa, inquam, quod certæ rei procuratio emissa procurationi modum fecit, in hac re procurationem ita concedens ut in cæteris adimat. Quod ni esset hæc sententia mandantis, licebat generaliter concedere marito omnia. Quod si certius, aliquid quærimus; qui specialiter mandat certæ rei actionem, is ex omnibus rebus de qu bus citra domini voluntatem agere non licet, unam eam excipere intelligitur de qua agere concedit. Unam excipiens non potest non videri in cæteris contrariam voluntatem confirmasse. *L. quæsitum*, §. *idem respondit domo instructa*, *D. de instr. vel inst. leg.* Altera conditio est, si superiores per-

tum nec cautionem exigi nihil verius, sed id inde, quia illarum dominus est maritus, maxime quoad actiones movendas *L. 9. C. de R. U.* atque ita agit nomine suo; nullus autem rei suæ Procurator. Quare incaute Mynsing. *d. Obs.* 53. *n.* 3. si in illis mandatum recipiat maritus, amplius non posse eum sine mandato agere, et Trentacinq. 2. *Practic. Resolut. hoc tit. Resolut.* 5. *n.* 10. non cavere pro dotalibus si suo: cavere si uxoris nomine experiatur. Nam imo nomine uxoris de his agere nequit per definitionem procuratoris. Ad *d. L. ultim.* respon. Gifan. *d. loc. n.* 8. esse specialem casum in nominibus, seu cautionibus fœneratitiis. Apparere id 1.° quia marito usuræ ex hisce cedunt. 2.° Quia uxori hypotheca in bonis mariti, ob pecunias his cautionibus debitas exactas; quæ aliena a natura paraphernorum, quorum utilitas omnis uxoris. Aliter Zobel. *P.* 2. *Diff.* 2. *jur. civ. et Sax.* 25. *n.* 5. post alios quos refert, ipsa traditione instrumentorum, in *d. L. ult.* concessum esse mandatum ad agendum, et Alciat. *Reg.* 1. *Præsumpt.* 33. Castillo *Contr. quotid. Cap.* 23. *n.* 32. add. Jannin. *Lib.* 3. *de Citat. reali C.* 16. Sic et Trentacinq. *d. n.* 10. in paraphernis requiri mandatum; sed id vel expressum, vel tacitum, ut si maritus habeat instrumenta facientia ad caussam; atque tunc non cavere eum de rato scribit, si probet consignationem sibi ab uxore factam, sin minus cavere. Ad hoc vero ut sine mandato ita admittatur, requirunt ut agat tanquam maritus et legitimus administrator; alias, si ut Procurator, exhibere mandatum teneri, quia sibi imputet quod hanc viam elegerit. Myns. *d. Obs.* 53. *n.* 6. Trentacinq. *d. Resol.* 5. *n.* 8. ubi *n.* 3. *et* 7. idem juris esse in sponso de præsenti: nec admitti sponsum de futuro, ac requiri hanc conjunctionem tempore actus celebrati, nec prodesse si postea maritus effectus fuerit. Jure Saxonico, etsi cautio quoque rati a marito non exigenda videatur, tum quia eo jure legitimus est curator uxoris suæ. Ergo per *L.* 23. *de, adm. tut.* tum quia totorum uxoris bonorum administratio, et usufructus ipsius. Sanxit tamen Elector Augustus *Nov. sua* 15. P. 2. nomine uxorum agere, vel defendere volentes, non, nisi exhibito mandato vel cautione rati præstita, audiendos. Qua de re, et quis modus uxori maritum a satisdatione immunem præstandi, vid. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 2. *n.* 38. *et seqq.*

(12) Duar. *h. t. C.* 7. Quare habens mandatum, etsi generale, præfertur conjuncto,

sonæ, quas ad agendum sine mandato admittimus (13) satisdent, dominum cujus nomine agunt, ratum habiturum, eumque boni viri arbitratu defendant, quod adversario cautum sit: de quibus cautionibus dicetur postea sequenti capite. *L. Pomponius*, §. *ult. L. sed et hæ*, in pr. *D. de proc. L. si cum dotem*, §. *si pater*, §. *si soluto*, *D. sol. matr.*

XI. Caussarum genera, quibus actio alieno nomine agenti admissa est sine mandato, duo sunt. Unum est negotii communis plurium sociorum, cujus nomine omnes judicio egerint et (14) litem contestati sint, ut sic consortes ejusdem litis efficerentur. Hic placet, si unus postea abesse cœperit, posse cæteros absentis nomine agere et litem persequi, quanvis nihil his mandatum esse constet; dummodo ea præstent adversario, quæ ab omni actore in dubia præsertim absentis voluntate exiguntur; ut satisdent absentem dominum rem ratam habiturum, et si quid reus petit ab absente eum defendant eoque nomine satisdent judicatum solvi: de hac specie cautum est in *L. ult. C. de consort. ejusd. lit.* Quod in hac specie receptum est justis de caussis. Nam si caussam in commune agendi spectamus, hæc agentibus necessaria est. Non enim possunt præsentes caussam suam ex parte agere, nisi agant et nomine absentis: quoniam caussa connexa est, cujus tractatio sine incommodo distrahi non potest, ut declaratur in *L. 3. D. fa. ercis.* Quod si etiam voluntatem absentis exigimus, prope est ut existimari absens debeat rem totam per eos qui præsentes sunt, agi velle. Quod enim litem cum cæteris contestatus est, declarat eum rem judicio velle persequi, et ad finem perducere, idque ita fieri ejus interest. Quod autem illi periculum in lite cum cæteris præsentibus commune est, et victoriæ com-

quia illud plus operatur, quam conjunctio, per *L. 3. §. 3. junct. præced. Jud. solvi* Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 23. *n.* 9. Sicuti et in casibus, qui speciale mandatum exigunt, non auditur *L. 27. pr. de min.* Fr. de Caldas *ad. L. 3. C. de in int. rest. in definit. v. implorandum n.* 8. Covar. 1. *Var. Resol.* 6. *n.* 5. Sich. *ad L. 2. C. h. t. n.* 11. Nicol. Anton. Gravat. *Annot. ad Pract.* Vestrii *Lib.* 3. *C.* 4. Chil. Konig. *P.* 1. *pag.* 187. Roshach. *Process. Tit.* 14. *n.* 12. Etsi dominus litis propinquo in loco degat, exquiri ejus voluntatem debere, vult Hippol. de Marsil. *Singul.* 128. *n.* 2. arg. *L. 43. §. 3. h. t.*

(13) *L. 8. pr. de neg. gest.* Quam cautionem exigi vult Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 23. *n.* 6. etsi sciente ac patiente domino egerint, quia tacens, in hac materia non est pro consentiente *L. 8. §. 1. h. t.* Et nec filius patri litigando præjudicat, nisi is ratum habeat *L. 7. C. de reb. cred.* Non vero exigitur eadem si pro suo jure, et interesse interveniant, Chil. Konig. *Process. P. 1. h. t. pag.* 188. Quare pater de adventitiis filiorum agens, ceu legitimus administrator, non satisdat P. Fab. *ad L. 156. de R. I. pag.* 639. Pinel. *in L. 1. C. de bon. mat. P.* 2. *n.* 67. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 2. *n.* 44.

(14) Ita *d. L. ult.* verba *post litem ordinatam* exponunt Sich. *ibid.* Pac. 2. *Enant. Q.* 44. Trent. 2. *Pract. Resol. h. t. Resol.* 7. *n.* 3. quia ante litem contestatam, nec vere sunt consortes, cum nec lis dicatur, sed controversia; et consentiunt Covar. 1. *Var. Resol.* 6. *n.* 5. Timæ. Fab. 1. *Annot.* 22. n. 3. Dissent. Cujac. *in Par. C. d. t.* P. Frider. 3. *de Process. extrah.* 16. *Membro* 12. et A. Fab. *ad L. 40. §. 3. h. t.* volentes ordinatam litem aliam esse a contestata, ac dici ordinatam, per præparatoria *L. 24. pr. D. L. 14. t. d. liber. cau.* Quod ordinare sit præparare personam actoris, rei, et judicis, ac se præmunire *L. 8. §. 1. de inoff. test. L. 20. de probat.* Alias cautioni de rato non esset locus, quippe exigendæ ante litem contestatam *d. L. 40. §. 3.* Ad quod resp. Pac. *d. loc.* species esse multum diversas. In *d. §. 3.* de extraneo Procuratore, *d. L. ult.* de consorte litis. Illic non quæri, an possit cavere de rato Procurator post litem contestatam, sed an cogatur. Quod ideo negatur, quia post eam dominus litis effectus. Hic vero consors nondum admissus fuerat, tempore judicii accepti, pro parte consortis, sed tantum pro sua. Et Sich. *in d. L. ult. n.* 3. *et* 4. resp. hic dilatoriam exceptionem post judicium acceptum originem sumpsisse; ideoque quin opponi possit nihil impedire. Plane, in caussis circa rem individuam, posse unumquemque agere et defendere initio in solidum, statuit Trentacinq. *d. Resol.* 7 *n.* 1. *et* 2. *per L. 4. D. si ex nox. ca. L. 4. §. 3. si ser. vind.* scilicet respectu juris in judicium deducendi, non respectu præjudicii generandi consorti absenti, ac ita sententia prosit illi, non noceat *d. L. 4. §. 3. L. 71. §. ult. in fin. de cond. et dem. L. 17. §. pen. de adult.* Quid si caussa requirat speciale mandatum? Non admitti consortem, plures volunt, cum nec conjunctus recipiatur, ut *supra N.* 12. cui tamen major potestas, cum et audiatur, lite a domino non contestata Covar. 1. *Var. Resol.* 6. *n.* 6. Contra alii, quos laudat Trentac. *d. loc. n.* 10. quia cum lis contestata, videntur et de hoc casu speciali cogitasse, et agitur hic de communi commodo, et damno. Plane in criminalibus non admitti, verius est, vid. *supra C.* 10. *N.* 5. vers. *neque in consorte.* Quid si inhabilis ad agendum? Ita distinguit Trentac. *ibid. n* 12. In individuis admittitur, quia habilitatus pro parte sua, etiam pro parte consortium, ratione connexitatis. In dividuis secus, quia ea ratio connexitatis cessat.

modum item commune, facit, ut maxime intelligatur velle iis partis suæ actionem committi, quos existimat propter communionem periculi rem ex fide administraturos. Postremo actio absentis nomine caret injuria, posteaquam idoneis cautionibus prospicitur reo.

XII. Alterum genus caussæ est, cum qui alieno nomine erat in possessione fundi aut ædium: puta colonus, inquilinus, amicus, hospes; is dejectus est de possessione. Ex hac dejectione nullum est interdictum, nulla actio dejecto suo nomine. Interdictum namque unde vi omnisque ex ea caussa actio proposita est ei, qui cum possideret dejectus est. *L.* 1. §. *dejicitur*, *D. unde vi*. Superiores autem non possident. §. *possidere*, *Inst. de interd.* unde et colono dejecto denegatur hoc interdictum nominatim in *L. ult. D. unde vi*. Restat igitur, ut si superiores dejecti restitui in possessionem velint, agant interdicto nomine domini, cujus et nomine possidebant. At id facere non possunt secundum regulas communes sine mandato. Et res ita habet, sed hic hæc caussa excepta est. In qua concessum est superioribus omnibus personis agere nomine absentis domini ut restituantur in possessionem, idque et sine mandato, atque adeo sine ulla cautione. Nam et (15) servis dejectis hæc eadem postulatio concessa est; quos tamen constat caventes jure civili non obligari. *L. servi*, *D. de obl. et act.* De hac specie cautum in *L.* 1. *C. si per vim vel al. mod.* In quo et de mandato non requirendo, et de servis ad istam postulationem admittendis jus singulare constitutum esse apparet, utrumque propter vim hic adhibitam, quam placuit isto modo coerceri.

XIII. Postquam his personis et caussis exceptis mandatum ad agendum requirimus, interdum etiam et ad defendendum: sequitur videamus cujus jus mandatum esse placeat. Certorum enim id esse debere constat; cum plusquam absurdum sit dici cujusvis mandatum sufficere, cui forte in caussa nihilo plus juris esset, quam ei qui in alieno nomine experitur. Nempe eorum mandatum exigimus, qui mandandæ actionis jus habent. Hanc suo jure recte mandant duo: lex, et dominus litis. Legem mandare posse actiones nostras alii exercendas, si velit, nulla dubitatio est. Est enim lex rerum nostrarum non conservatrix tantum, sed et domina quædam, cui omnes in civitate parere oportet. *L.* 2. *D. de legib.* Solum hoc potest dubitari, an lex mandet cuiquam sine domini voluntate. Et constat mandare non pro imperio, sed utilitate privatorum dominorum ita exigente. Mandat nimirum tutoribus et curatoribus. Nam si tutela est potestas libera tuendi administrandique res pupillares jure civili data atque permissa; ut est definitio tutelæ, *Inst. de tut.* in prin. haud dubie cum hanc administrationem lex dedit, etiam nomine pupillorum agendi exigendique potestatem dedit: siquidem hæc exactio illius administrationis pars est. Eademque ratio est curatorum. Idque ita acceptum est, itaque placet tutores et curatores, non exspectata voluntate pupillorum aut adolescentium suorum, ultro eorum nomine agere posse; agentes rem in judicium deducere tanquam dominos, ita ut nec cautio rem ratam dominos habituros ab illis exigatur. *L.* 1. §. *ult. L. vulgo*, 23. *D. de adm. tut.* An ergo admittuntur sine mandato, contra quam licere supra definivimus? Immo et hoc ex mandato, non tamen dominorum privatorum, sed legis; quæ rerum plenam administrationem superioribus committens, una cum administratione etiam actiones exercendas mandavit. Atque his solis alienas actiones lege mandari legimus.

XIV. Præter legem solus est, qui recte mandet; (16) dominus litis: cujus ideo mandatum ad negotium agendum exigi dicitur in *L. licet*, *C. de proc.* Est autem dominus litis is, ad quem suo nomine pertinet ea actio, quæ mandatur. Litis enim verbum actionem significat. *L. litis*, *D. de verb. sig.* Ac dominus actionis recte dicitur is, cujus actio propria est. Ea porro actio propria cujusque definitur, cujus commodum aut incommodum ad eum suo nomine pertinet. *L.* 1. §. *in propria*, *D. quand. appell. sit.* Hunc ergo ultra legem qui mandet exigimus. Proinde alius si mandabit, nullum mandatum futurum est: et quod idem est, alius frustra dederit ad agendum procuratorem. Quod adeo verum est, ut placeat nec

(15) Dissent. Menoc. *Recup. poss. Remed.* 6. *n.* 30. putans servos eo casu cavere de rato compelli, post *Gl. ibid.* et Bart. *n.* 7. Et sane etsi servus ipse civiliter obligari nequeat, fidejubentes tamen, pro eo efficaciter teneri possunt,

(16) Qui vel Procuratorem initio dare potest, vel lite contestata, judicium in eum transferre *L.* 46. *pr. D. L.* 20. *C. h. t.* Jure vero Saxonico post litem contestatam constitui nequit. *L.* 2. *Art.* 30. *Diff. jur. civ. et Sax.* 7. *n.* 6. P. 1. Coler. *Decis.* 139.

procuratores, atque adeo nec tutores aut curatores ante litem contestatam procuratorem dare posse. *L. quod quis*, *C. de proc. L. nec civitatis*, *D. eod. L. neque*, *C. eod.*

XV. Atqui habent isti omnes actionem alieno nomine, et eam quam suo jure exerceant. Habent et tutores ac curatores hoc amplius, quod in actione pupillari exercenda, sicut et in reliqua administratione, pro dominis habentur. *L. tutor qui tutelam. D. de adm. tut.* Sed habeant sane isti actionem sibi mandatam: etiam in ea actione pro dominis habeantur, domini tamen litis non sunt. Nam et alieno nomine agunt, et alienam actionem re vera exercent, cujus commodum aut incommodum ad ipsos suo nomine non pertinet. Nunc autem dominum litis in hoc mandato exigimus. Et merito isti in aliena actione procuratorem non dabunt. Nemo enim plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet. *L. nemo plus, D. de reg. jur.* Actionem autem isti habent, sed mandatam, non propriam, de qua proinde non magis statuere possunt, quam de aliena re qualibet. Qua ratione etiam dictum est, nec eum jurisdictionem alii mandare posse, qui ipse habet mandatam. *L. ult. D. de off. ejus cui mand. est juris.* Nihil ad rem pertinet, quod isti pro dominis habentur. Meminerimus enim semper hactenus eos pro dominis haberi, dum mandati jure utantur. Hactenus autem illis mandatum, et ex mandato hactenus eorum potestas est, ut (17) ipsi agant, non ut vice sua alium dent. Ita si alium dabunt, excedunt fines mandati: quod in mandato facere non licet. *L. 5. D. mand.* Potest quidem procurator, (18) qui aliena negotia administrat, eorum negotiorum administrationem alii mandare. *L. si procuratorem*, §. 1. *D. mand.* Sed hactenus, ut hac suscepta, qui mandavit habeat adversus eum qui suscepit, mandati actionem: quod inter consentientes conventione effici potest: non etiam ut is cui a priore procuratore mandatum est, possit petere ab invito id quod procurator qui mandavit, poterat. In-

(17) Dantur enim tutores, ut per se negocia sibi commissa gerant, cum eorum industria sit electa, A. Fab. *ad L.* 74. *h. t.* Post litem vero contestatam, recte a tutore dari Procuratorem, non tantum si ipse impeditus sit agere, sed et si nolit, vult Harprm. *Tit.* 5. *Obs.* 6. *n.* 4. Idem quod de tutoribus, juris esse in œconomis, rerum ecclesiasticarum administratoribus, Syndicis et aliis defensoribus rerum publicarum, scribit Duaren. *h. t. C.* 6. Unde *Gl. in L.* 11. *C. h. t.* Episcopum, cum sit administrator ecclesiæ, non posse Procuratorem dare, æque uti tutor cui similis sit. Sed a DD omnibus notatur, teste Sich. *ibid. n.* 8. quia immo, ait, non est nudus administrator, sed propter usumfructum plus juris habet. Et in rebus suæ ecclesiæ est Procurator in rem suam. Sic et patrem de adventitiis in quibus usumfructum habet, recte constituere Procuratorem volunt, vid. Sich. *in d. L.* 11. *n.* 9. Piuel. *in L.* 1. *C. de bon. mat. P.* 2. *n.* 66.

(18) Vulgo tradunt differentiam quod Procurator ad negocia, quandocunque substituat *d. L.* 8. § 3. *C.* 1. §. *ult. h. t. in* 6. P. Greg. 49. *Synt.* 4. *n.* 6. Wurmuser. *Tit.* 5. *Obs.* 1. Hartm. *Tit.* 7. *Obs. n.* 6. nisi talia negotia, in quibus industria requiratur et electa est, Rosbach. *Process. Tit.* 19. *n.* 27. Sic universalem negociorum Procuratorem non posse alium itidem generalem substituere, Trentac. 2. *Pract. Resol. h. t. Resol. t.* 1. *n.* 26. Et nisi negocia ardua et majoris momenti, ut si datus ad matrimonium contrahendum *C. ult. h. t. in* 6. Ad lites vero datus non ante judicium acceptum, nisi in rem suam datus *L. illam* 33. *C. de. donat. C.* 1. §. *pen. h. t. in* 6. Quam unicam exceptionem jure civili proditam agnoscit Gifan. *ad L.* 8. *C. h. t. n.* 4. vel nisi substituendi alium potestas concessa *d. C* 1. §. *pen. et C.* 3. *h. t. in* 6. Quod jure civili receptum non videri, nullam tamen rationem hoc vetare, scribit Gifan *ad. L.* 1. §. 1. *h. t. n.* 33. quia ipse dominus mandans videtur substituere per alium, Aluis. de Albert. *Singul.* 88. Neque enim, data hac potestate, ex sua persona substituit Procurator, sed mandantis. Quæ res magni effectus. Nam substitutus cavet de rato in personam non substituentis sed domini. Deinde, mortuo substituente etsi re integra, non expirat mandatum vel substitutio, principali domino superstite, Sich. *ad L.* 11. *C. h. t n.* 4. et 5. Ex eadem ratione, facto substituti non tenetur substituens, si culpa aliqua ei imputari nequeat, Vinc. de Franch. *Decis.* 212. Hinc et postquam substituit (posse autem etiam post sententiam ad appellandum, Achill. de Crassis *Decis. Rota* 64.) functus est officio suo, nec potest substitutum revocare, (modo is habilis sit, et acceptaverit, Tiraquell. *in L. boves* §. *hoc sermone de V. S. P.* 7. *limit.* 6. *n.* 5.) nisi et hoc si concessum *C.* 3. *h. t. in* 6. Et nisi data potestas substituendi unum vel plures. Tunc enim ex substitutione semel facta Procurator non desinit, post alios Vinc. de Franch. *Decis.* 465. add. Nicol. Ant. Gravat. *Annot. ad Pract.* Vestrii *L.* 4. *C.* 5. *tit. D.* Conjunctam quoque personam, ante litem contestatam alium substituere posse, statuit Trentac. *d. Resol.* 3. *n.* 16. per *C. accedens* 11. *extr. h. t.* quo hoc non probatur, at recte reprobat Gifan. *ad L.* 8. *C. h. t. n.* 4. Ibidem Trentac. *n.* 17. si substituto ante litem contestatam oppositum non fuerit, postea non posse rejici, quia hæc exceptio dilatoria.

vito enim reo conventione sua nocere non potuerunt.

XVI. Sane tutoribus et curatoribus concessum est interdum non procuratorem, sed actorem constituere periculo suo. *L. decreto, D. de adm. tut. L. neque, C. de proc.* Sed utrum horum concedatur multum interest: estque inter istos harum rerum duarum differentia. Primum, quibus proruratorem dare licet, hi sua auctoritate dare possunt. Est enim procurator qui negotia administrat solo domini mandatu. At hunc actorem de quo loquimur, non licet tutori constituere nisi auctoritate magistratus. *d. L. decreto, de adm. tut.* Altera differentia, quod qui procuratorem suo jure dant, ut dant sua auctoritate, ita dare possunt pro arbitrio, sive ipsi agere possint, sive nolint. Actorem autem tutor constituere non potest nisi caussa cognita. Unde dicitur constitui (19) decreto magistratus. *d. L. decreto*, In quo plane inest hæc ipsa caussæ cognitio: est enim decernere, caussa cognita quid permittere. In caussæ cognitione hæc versantur; ut tutor administrare per se tutelam commode non possit; vel quia diffusa sint negotia; vel quia dignitas aut ætas, aut valetudo tutoris id postulet. *d. L. decreto*, Præterea ut pupilli fari non possint; aut qui fari possunt pupilli adultive, absint. Nam si præsentes sunt et fari possunt, possunt (20) tutore vel curatore interveniente constituere procuratorem. *d. L. decreto, de adm. tut.* juncta *L. neque, C. de procur.*

XVII. Sed ut alios quam dominus litis mandare actionem et alium procuratorem dare non potest: ita quisquis est dominus litis, idest actionis quam et suo nomine exercere possit, in ea lite recte procuratorem dederit, et, quod nunc quæritur, recte alii mandabit actionem. *d. L. licet, de procur*, Nec intererit privatus sit, an universitas, cujus nomine agitur. In privatis exemplum illostre præbent (21) filiusfamilias et servus, de quibus supra quoque diximus. Hi cum alias minimum possunt propter alienam potestatem cui subjiciuntur, nihilominus quocunque nomine agere et consistere in judicio possunt, placet eos in ea caussa procuratorem dare posse: utpote hactenus litis et actionis dominos. *L. filiusfamilias*, in pr. *L. servum*, in pr. *D. de procur.* Nec minus hoc idem valet in universitatibus omnibus; ut civitatibus et municipiis et aliis corporibus minoribus: pota societatibus, sodaliciis, collegiis: de quibus hoc idem traditum est, quod de privatis, sub *Tit. D. quod cujuscunque universitatis nomine vel contra eam agatur;* cui hic locum assignari oportet. Estque ejus tituli hæc summa; ut civitates et municipia: sic corpora omnia licita, ut societates publicanorum, collegia quæ in unaquaqoe civitate aut alibi jure constituta habentur, res communes et arcam communem habere posse: quarum nomine et agant et conveniri possint. *L.* 1. in princip. et §. 1. *D. eod. tit.* Et si quidem universitas ad unum redierit: posse eum per se et convenire et con-

(19) *L. un. C. de act. a tut. dand.* vid. Gail. 2. *Obser.* 107. Myns. 2. *Obs.* 38. et confer. Petr. de Vineis. *Lib.* 5. *Epist.* 50. Et horum constitutionis duo modi, 1.° a tutore qui postea adit judicem, ut confirmet 2.° a Judice constituente per decretum, petente tutore. Qui modus tutior, cum ille actor caveat, tutorem ratum habiturum; hic ipsum pupillum, vid. Sich. *in L.* 11. *C. h. t. n.* 6. Hartm. *Tit.* 5. *Obser.* 6. *n.* 2. Et hic necesse est, ut una cum actorio exhibeat documentum legitime dati, vel constituti tutoris, vulgo tutorium, vel curatorium appellant Gail. *d. Obs.* 107. *n.* 1. Wes. *Consil.* 35. *n.* 2. Zang. *de Exc. P.* 2. *C.* 8. *n.* 13. Vult, *ad tit. Inst. de iis per quos ag. n.* 12. Et finita tutela, actorium cessat. Sich. *in d. L.* 11. *n.* 6.

(20) Duar. *h. t. C.* 6. Myns. 2. *Obs.* 38. Idem est in minore *d. L.* 11. *et L.* 14. *C. h. t.* Nec tantum si jam ante curatorem habeat, sed et si eo careat. Cum enim suo ipse nomine experiri nequeat nec liti suæ Procuratorem solus constituere poterit, præterquam in casibus quibus sine curatore recte agit, ut in causis matrimoniali et spirituali, P. Gregor. 49. *Synt.* 4. *n.* 4. Monach. *Pract. jud. P.* 6. *C.* 3. *n.* 6. Sed et in caussis aliis si dederit, ac admissus, sententia secundum eum dicta valida est *d. L.* 14. *ubi ratio.* Quin et si pars sententiæ pro minore, pars contra eum, ut fieri potest in duplicibus judiciis, illam ex parte una sustineri vult Sich. *ad d. L.* 14. *n.* 1. Fœmina quoque, cum jure Saxonico sine curatore in judicio esse nequeat, nec Procuratorem constituere potest, adeo ut nec quæ a Procuratore a fœmina, propria auctoritate, dato gesta, ratihabitione curatoris confirmari posse censeat Moller. 1. *Semestr.* 18.

(21) Etiam mutus et surdus *L.* 43. *pr. h. t.* quia consensus nutu significari potest, et per scripturam, si litteras calleat. Et hoc itaque intelligendum de eo qui casu utroque sensu privatus, vel a natura alterutro, vid. Ant. Fab. *ad d. L.* 43. *pr.* et confer. *supra Lib.* 6. *Cap.* 5. *N.* 17. Sic accipiendus Monach. *Pract. jud. P.* 6. *C.* 3. *n.* 2. mutum et surdum referens inter eos, qui Procuratorem dare nequeunt. Cæterum qui et quibus casibus inhabiles sunt ad agendum, iidem ad Procuratorem constituendum. Zang. *de Except. P.* 2. *C.* 8. *n.* 26. Quæ cum, ex dictis *supra Lib.* 17. *C.* 4, huc transferri possint, hic repetere nihil attinet.

veniri: *cum jus omnium*, inquit Ulpianus, *in unum redierit, et stet nomen universitatis*, ut est in *L. sicut*, §. *ult. D. eod.* nempe tum cum ab initio fuit universitas, quæ ex eventu in unum recidit. Nam alioqui ab initio non minus quam tres faciunt collegium *L. Neratius*, *D. de verb. sign.* Quod si adhuc manet universitas, quoniam per se ista corpora agere aut defendi non possint cum unum actorem aut defensorem esse oporteat, ista autem pluribus et diversis personis constent, eo necesse esse agere ipsam per alios et defendi. Ad eam rem his potestatem datam eamdem quæ privatis, actores et defensores sibi constituendi. *L.* 1. in fin. *L.* 2. *D. eod.*

XVIII. Solum in his corporibus videndum, quomodo et per quos recte dentur, qui universitatis nomine agant: in quo hæc quoque summa est juris de hac re eo titulo expositi. In societatibus et collegiis, cæterisque corporibus aliis quam civitatibus, nusquam ibi traditur alios actorem horum corporum constituere posse, quam ipsa corpora: solum hoc proprie servari legimus in civitatibus. *L.* 3. *D. eod.* Ex quo intelligimus collegium et similia corpora ipsa sibi constituere actorem. Sed et in his, cum de re omnium communi agatur, utilitas singulorum exigere videtur ut omnes qui sunt ex eo corpore, conveniant consentiantque in eum quem communem actorem esse volunus. Si qui autem non consenserunt, is eorum actor procuratorve non erit. Nam juxta regulam juris, *quod omnes tangit*, *ab omnibus debet probari*, C. quod omnes, *de reg. jur. in* 6.

XIX. In civitatibus cum difficile sit in tanta frequentia et varietate civium, quanta esse solet in civitatibus, omnes cives cogi ad actorem aut syndicum constituendum, et præterea in re ad civitatem pertinente de re publica agatur, non de privata singulorum: *L. sicut*, §. 1. *quod cujus. unio. nom. L. in tantum*, §. 1. *D. de rer. divis.* res eo deducta est ut actor civitatis sit is, non quem civitas, sed quem pro civitate lex, aut ordo dedit: neque alii nomine civitatis vel curiæ agere permittitur. *L.* 3. *D. eod.* Legem hic accipere debemus legem municipii, quæ de actore civitatis cavet, sive ea scripta lex est, sive municipii consuetudo in hac re usurpata, ut indicatur in *L. item*, in prin. *D. eod.* Ordinem autem intelligimus ordinem decurionum, cui ordini res ad rempublicam pertinentes tractandæ permissæ sunt, ut declaratur in *eod. L. item*, §. 1. et *titu. D. de dec. ab ord. fac.* Lex actorem aut syndicum dat, si exempli gratia ita lex sit: qui primus erit ex decurionibus, aut contra qui postremus, is syndicus civitatis esto. Cujusmodi lex aliqua cum exstabit, nihil quærendum est amplius. Non enim quæremus quis datus sit, cum lex certum designet. Multo minus an recte sit datus; cum lex dederit cujus est imperare; vis ea, ut imperanti parere oporteat. *L. legis*, *L.* 2. *D. de legib.*

XX. Non eadem certitudo in ea datione, quæ ab ordine decurionum proficiscitur; ut quis dicat, cum audimus ordinem dare posse actorem nomine civitatis, hic nihil amplius quærendum esse. Nam in iis qui dant, potest hæc esse varietas, ut alias universus ordo aliquem det; alias major pars, cæteris absentibus aut dissentientibus. In eo qui datur, potest hæc esse ut aut detur quis ad unam certam caussam, aut etiam ad omnes quæcunque inciderint postea. Sed et dandi modus non unus. Potest enim certus quis actor ab ordine designari: potest etiam ita dari, ut dicat ordo se eum dare quem duumviri elegerint. In quibus omnibus quid liceat necessario quærendum est. Ac de his breviter sic habendum, quæ summa eodem illo titulo *Quod cujuscunque universitatis* indicatur. Si de ordine quæritur, placet ordinem dedisse videri, non si omnes dederint qui sunt in eo ordine, neque rursum si major pars eorum: sed si dederint plures partes ordinis: puta si ex tribus duæ partes dederint. *L.* 3. *D. eod. L. nominationum*, *C. de decur. lib.* 10. ut, si in ordine sint quindecim decuriones, et novem aliquem actorem dederint: recte quidem dicetur majorem partem decurionum dedisse. Sed non ideo actor recte datus est: quia duas partes ut minimum requirimus, puta ex superiore numero decuriones decem aut amplius.

XXI. In pluribus judicibus et arbitris hoc servatur, ut ei sententiæ stetur, quam major pars judicum dixerit. *L. item*, *si unus*, §. *penul.* et §. *ult. D. de recep. L. duo ex tribus*, *D. de re jud.* Hoc ideo, quia judices dantur summunturve per se singuli, neque inter se ita conjunguntur ut unum corpus efficiant: ut proinde singulos per se spectari oporteat. Ordo autem decurionum ita constituitur, ut sit eorum corpus unum quo respublica utatur: cujus corporis partes ideo spectandæ sunt. Hujus autem corporis partes sunt non singuli decuriones, sed decurionum, idest universitatis ejus pars dimidia, tertia, quarta, quinta et ita deinceps. Sed et hoc servatur in bis duabus partibus ordinis ut possint hæ actorem dare, etiam cæteris decurionibus absentibus *d. L. nominationum*, *C. de decur. lib.* 10. Dum tamen hoc moneamur, decuriones omnes prius

in curiam convocari debere. *L.* 2. *C. eod.* Quod et ipsum aliter in pluribus judicibus et arbitris observatur, in quibus ita ratum est id in quod plures consenserint, si modo id fiat reliquis præsentibus. Alioqni duo ex tribus etsi consentiant, uno absente judicare non possunt; et quod judicaverint non valebit, scilicet quia ita dati sumtive sunt judices ut omnes judicarent. *d. L. duo ex tribus, D. de re jud. d. L. item si unus*, §. *ult. D. de recept.* Quod contra fit in ordine decurionum: qui quoniam ideo constituitur, ut ea quæ a civibus cum civitate geruntur, sua præsentia et auctoritate firmare possit, et ita publicis commodis expediendis sufficere; consultum visum est sic eum constitui, ut fiat quod explicatur in *d. L. nominationum, C. de decur.* nempe ut duæ partes ordinis in urbe positæ totius curiæ instar exhibeant: ne paucorum absentia sive necessaria sive fortuita debilitet quod a majore parte ordinis salubriter constitutum est; atque hoc modo fiat, videlicet ut impediat commoda publica quorum caussa ordo constitutus erat. Sed quomodo dici potest ordo dedisse, cum totus ordo non dedit? Non sane significatione verbi sed constituentis sententia, dum ita placet, ut modo dixi, ut negotiorum publicorum expediendorum caussa duæ partes ordinis in urbe positæ totius curiæ instar exhibeant: *d. L. nominationum.* Sed cum duæ partes ordinis tantum erunt, hoc exigemus ut omnes consentiant et dent actorem eum de quo quæritur: quo dici possit id quod est in *d. L. nominationum*, quod ab his constitutum est, ideo valere quia est a majore parte non duarum partium, sed totius ordinis constitutum.

XXII. Inter actores civitatis, qui dantur ab ordine (22), quidam sunt qui vocantur nostris syndici, quidam actores tantum. Syndici dicuntur actores quidem civitatis; sed cæteras ad omnes civitatis caussas tam præsentes quam futuras constituti. Actor autem civitatis proprie, qui ad certam caussam moveudam ab ordine datus est. Sic hæc distinguuntur in *L. ult.* §. *defensores, D. de muner. et honor.* nec dissimilis significatio est in *L. item*, §. 1. *quod cujus. univer. nom.* In his dandis ordinis hæc potestas est. Sicubi ex constitutione syndici habentur, licet ordini cessante lege hos constituere, per quos non una aliqua caussa præsens, sed quæcunque controversia incidet postea, explicetur. Quod si loci consuetudo non usurpabit syndicos, licet ordini dare tantum actorem ad certas et præsentes caussas.

XXIII. Ita autem dare ut quæcunque incidisset controversia, ejus exsequendæ negotium Titius haberet, placet non licere ac tale decretum ipso jure nullius esse momenti: hoc Paulus in *d. L. item*, §. 1. in fin. *quod cujuscunque univers.* et addit rationem, *quia non possit videri de ea re quæ* adhuc *in controversia non sit, decreto datam persecutionem.* Atqui datam esse proponimus. Sed addit Paulus non videri datam decreto. Recte. Significat ordinem non posse dare actorem civitatis nisi decreto: quo verbo in toto eo capite utitur; de ea autem re que adhuc in controversia non sit, ne decretum quidem esse posse, quod et verum est. Nam decer-

(22) Ita et Wurmser. *Tit.* 4. *Obs.* 2. P. Greg. 49. *Sint.* 5. *n.* 1. Actor, ait, in certo genere caussarum, defensor universitatis, Syndicus in universis. Sed hæc distinctio confunditur, ut *C. un ext. de Syndico.* Sic Syndici ab Atheniensibus creati meminit Demosth. *pro Ctesiph. et pro Corona* et P. Gregor *d. Cap.* 5. *n.* 3. Tametsi Æschilo, Syndici consortes litis οἷς ἴσον μέτεστιν, ἐν τῇ δίκῃ τῆς αἰτίας Cuiac. *in Par. C. de consort. litis*, et Suidæ ac aliis plures caussidici, vel Procuratores, Alciat. 1. *Parerg.* 5. vocantur apocrisarii *Nov.* 6. *C.* 2. *sub fin.* Syndicum administratorem civitatis vocat Trentac. *Lib.* 2. *Pract. Resol. Tit. de Procur. Resol.* 1. *n.* 2. qui habeat administrationem cum libera, si datus ab universitate quæ territorium habet, non si ab alia, veluti academia etc. Sed recte Gifan. *ad Rub. D. de Procur. n.* 32. *seq.* alios a Syndicis esse Curatores civitatis, seu administratores rerum civitatis, qui et Curatores Reip. *L. ult. de off. asses.* λογισταί *L.* 3. *C. de mod. mult.* quique veluti magistratus municipales. Eorumque officium publicum non ad caussarum, sed negociorum publicorum administrationem. Quanquam vero Syndicum a Procuratore differre ut speciem a genere scribat Gifan. *d. loc. n.* 30. *et seq.* itaque Donellum nostrum sentire appareat, recte tamen Duar. *ad tit. D. Quod cui univ. C.* 1. Wurmser. *d. Obs.* 2. proprie non esse Procuratorem, quia universitas, subtilitate juris et verborum attenta, domina dici nequeat Tametsi, si Procurator vocetur, per hoc instrumentum non vitiatur *C.* 9. *ext. de Procur.* quia ubi de intentione constat, verba non curantur. Quid vero hoc mandatum et constitutio Syndici requirat, et an nomina singulorum constituentium exprimi debeant, consule Myns. 1. *Obs.* 76. *et* 3. *Obs.* 18 Plura de Sindicis expetens adeat Weseub. qui pulchre in *Par. D. Quod cui. univ.* Nicol. Losæ. *Tr. de Jure universit. P.* 2. *C.* 1. Chil. Konig. *Process. P.* 1. *pag.* 199. *et seqq.* Rauchbar. *P.* 2. *Q.* 1. Rosbach. *Process. Tit.* 12 Rutger. Rulant. *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 8. *et seq.* Treutacinq. 2. *Pract. Resol. Tit. de Procur. Resol.* 2.

nere est caussa cognita quid permittere: unde nullum decretum sine caussa cognitione; in qua hoc quæratur, an caussa sit, cur quid concedatur. *L. nec quidquam.* §. 1. *D. de offic. proc.* Non potest autem in proposito statui an caussa sit cur quis actor detur ad omnem controversiam quæ incidit postea, ubi qua de re agatur et qualis incidat controversia adhuc (23) ignoretur. Sic enim necesse est ignorari an actor datus futurus sit idoneus, et an possit gravitati aut conditioni caussæ respondere.

XXIV. Quod ad modum costituendi actoris attinet, Paulus ibidem significat omnem actorem civitatis aut syndicum recte datum videri, sive ordo designaverit certum aliquem cui actionem mandaret, sive dixerit se eum constituere quem magistratus elegerit: hoc in *d. L. item*, §. 1. in prin. At enim prius diximus non posse quemquam nomine civitatis experiri, nisi quem lex aut ordo dederit. *L.* 3. *quod cujus. univer.* Respondet Paulus non se id mutare: nam et eum quem in proposito magistratus elegerit, ab ordine ipso electum videri: quia parvi referat, ipse ordo elegerit, an is cui ordo negotium dedit: et in summa nihil refert, per se quis quid faciat, an per alium. *L.* 5. §. *gessisse*, *D. de adm. tut.* Quorsum ergo hæc, aut quid ad hunc locum? Nempe eo pertinent quod proposuimus, ut intelligatur quemadmodum civitatibus et cæteris corporibus universitatum licitis suo nomine agere licet, ita et his ut dominis litis procuratorem dare licere, non secus quam privatis. Solum in his quærendum, quomodo recte istorum nomine actor detur: de quo dixi. Quod ideo in privatis et singulis dominus non quæritur, quia ad eam dationem unum privati mandatum sufficit.

XXV. Sed dominus litis duplex est. Alius enim intelligitur ante litem contestatam, alius lite contestata. Ante litem contestatam is est dominus litis, ad quem pertinet ea actio quæ in judicium deducitur: quo in numero sunt nondum actione in judicium deducta domini superiores, de quibus diximus. Est et in hoc numero defensor qui (24) judicatum solvi satisdedit. Hac enim satisdatione obligationem in se suscepit, et fecit solvi: ut merito dicatur in ea lite pro domino esse habendus in *L. Titius, antep. D. de procur.* Quidni vero hic det vice sua alium defensorem, cum possint et fidejussores eum dare? *L. licet*, §. *ult. D. eod.* Sed et quod post litem contestatam licet defensori procuratorem dare non alia ratio reperietur, quam quod judicio obligatione judicati se obstrinxit, ut mox dicetur. Vide plura in hanc sententiam apud *Specula. tit. de proc. num.* 17. *et* 18. Post litem autem contestatam is dominus litis intelligitur qui litem contestatus est: usque adeo ut, quanvis ab initio non fuerit dominus, puta quia egerit alieno nomine; tamen lite semel contestata (25) dominus litis esse in-

(23) Ita et A. Fab. *ad d. L.* 6. §. 1. *d. t. et ad L.* 3. *de Procur.* quia caussæ cognitio non potest controversiam præcedere. Diversa ratio est Procuratoris *d. L.* 3. quia is sua voluntate constituitur, nec caussæ cognitione opus.

(24) Suerin. *Rep. Lect. Cap.* 12. Konig. *Process. P.* 1. *pag.* 110. Idem, et si nuda cautione, seu repromissione, adversarius contentus, argum. *L.* 45. *in fin. pr.* ubi Ant. Fab. Quin et idem videtur, si dominus reus pro Procuratore suo, hanc stipulationem dederit, per *L.* 8. §. 3. *L.* 15. *h. tit.* Etsi A. Fab. 12. *Conject.* 16. totam eam legem, ceu juris rationi adversam et a Triboniano obtrusam damnat et exagitat.

(25) Et tunc itaque alium recte substituit *L.* 23. *C. h. t.* ex persona sua, non mandantis, ) contra quam, is qui data potestate substituendi, id facit ante litem contestatam ut *supra N.* 18. ) suoque periculo, si substitutus negligenter vel dolose in lite versetur, Hartm. *Tit.* 7. *Obser.* 3. *n.* 4. Q. An et Syndicus post litem contestatam Procuratorem dare possit? Affirmat Ant. Faber *ad L.* 74. *h. t.* quia æque litis dominus fit. Negat Gifan. *ibid.* quia nomine civitatis nulli licet experiri, nisi constituto lege civitatis, vel ordinis decreto. Rectius Faber, quia hic substitutus non persequitur litem nomine civitatis, sed Syndici substituentis. Sed quid si Procurator post litem contestatam datus, an æque dominus litis fit? Affirmat Sich. *ad L.* 20. *C. h. t.* Sed Joan. Bapt. Asin. *Praxi judic.* §. 2. *C.* 13. *n.* 28. hunc, nisi ei dominus simul instantiam cesserit, quandocunque deinde, etiam postquam agere cœperit, libere revocari scribit. Quid si caussa litis contestationem non requirat? Dominus litis fit post primum actum in quo incipit tractari de meritis causæ, Trentac. *Pract. Resol. Lib.* 2. *h. t. Resol.* 3. *n.* 13. Asin. *Praxi judic.* §. 3. *C.* 14. *n.* 2. ubi idem tradit in substituto, quem et ipsum post litem contestatam alium recte substituere sentit, ut et Wurmser. *Tit.* 5. *Obser.* 14. Quod Mynsing. 1. *Obs.* 43. admittit, etsi non ipse litem contestatus, sed postea constitutus sit. Idque impugnat Gifan. *ad L.* 23. *C. h. t. n.* 10. tum quod judicio accepto Procurator institutus, dominus litis effectus, itaque substitutus, dominus fieri nequeat; tum quod inde sequeretur magna judiciorum perturbatio. Putaverim id non aliter huic substituto licere, quam data ei a priore Procuratore eodemque domino litis effecto substituendi alium potestate, arg. eorum quæ *supra N.* 18. Nam quod quidam, ipsa sub-

cipiat. Itaque si proponas toto res, curatores, syndicos, actores civitatis in caussa ad administrationem suam pertinente procuratorem dare: siquidem uondum contestata ad litem ipsam movendam, constitit jam frustra dari, quia hi non sunt domini litis, ad quos nondum actio suo nomine pertinet: sin post litem secum contestatam, placet exinde eos procuratorem dare posse, atque hic recte dedisse: quinimmo et procuratorem ipsum privatum, postquam litem semel contestatus est: idque ideo, quia exinde domini litis effecti sint, qui ab initio alieno nomine agere cœperant. *L. neque L. procuratoribus. L. nulla. C. de proc. L. procurator, D. de dol. mal. except.*

XXVI. Sed quomodo domini litis, quos constat antea non fuisse? Nempe judicio accipiendo et litem contestando contrahitur, sicuti stipulatione. *L. 3. §. idem scribit, D. de pecul.* Quæ res facit, ut superiores omnes litem contestando siquidem agunt, sibi acquirant judicati obligationem et actionem; si conveniuntur obstringantur judicati obligatione: qua sive actione sive obligatione inducta et eorum propria effecta, in re ejus litis et rei quæ in judicio versatur, domini habeantur. Hæc vero res ita superiores qui litem contestati sunt, dominos facit, ut jam soli habeantur domini litis, non etiam (26) is ejus nomine actum est. Ex quo illa sunt: Procuratore post litem contestatam domino effecto, solum eum negotia persequi posse et litem in quem velit transferre: eum qui mandaverat actionem, non posse. *d. L. procuratoribus, d. L. nulla. C. de proc.* Item, postquam procurator litem contestatus est, solum eo agente, et vocato et præsente, quod in judicio fit ratum esse: si cum eo qui actionem mandavit idem fiat, nihil agi. *L. unic. C. de satisd. L. 1. C. de sent. et int.*

XXVII. Sed sit sane procurator dominus litis post litem contestatam actione sibi quæsita. At cur prior dominus non item dominus actionis manet ut ante, cum nihil fecerit, quo actionem a se amoveret? Id facit litis contestatio cum procuratore constituta: hæc habet in se novationem, ut suo loco docuimus. *L. ult.* illic, *si enim novatur, C. de usu. rei jud.* Atque hanc omnino licet in hac specie animadvertere: in qua ex præcedente caussa ita constituitur procuratori nova obligatio judicati, ut prioris domini actio perimatur, quod est novationis *L. 1. D. de nov.* Sciendum tamen horum utrumque ita dici summo jure, idque ita servari pro eo tempore, quo judicium consistit, et procurator non mutatur: constitutum ideo, ut inter quos judicium semel cœptum erat, inter eos etiam certius transigeretur: quod futurum fuit, si penes hos plena judicii cœpti potestas esset. Cæterum re vera et emolumento res est prioris domini, cujus et nomine re vera agitur. Ad eum redit omne commodum et incommodum litis, quantumcunque subtili jure actio et lis procuratoris propria fuerit. Sed redit finito solum judicio et redit, non summo jure et directis actionibus, sed solum utilibus quæ priori domino aut adversus eum ex caussa judicati competunt. Qua ratione et prior dominus pendente judicio mutare procuratorem potest, sed non nisi ex caussa: de quo judicii exitu, ut et de potestate mutandi procuratoris, postea suis locis dicetur.

XXVIII. Illud in istarum personarum mandato ad extremum monendi sumus, postquam sine eo mandato nihil recte agi volumus, hoc evenire ut nihil agatur, non solum si ab initio nullum id mandatum interveniat, sed etiam si ab initio interpositum, postea revocatum finitumve sit. Quod non aperte tantum fit, de quo nulla dubitatio est; sed et tacite quandoque, ut (27)

stitutione, dominium litis priori Procuratori per litis contestationem quæsitum in posteriorem transferri censent, meri juris rationi adversari puto: Qui enim magis simplici substitutione, quam constitutione Procuratoris, dominium transibit?

(26) Non tamen probibetur dominus ipse caussæ suæ adesse et Procuratori assistere *L. 69. h. t.* Et actus cum illo sponte factos, non contradicente parte vel procuratore, valere sentit Sich. *ad L. 22. C. h. t. n.* 8. Post litem itaque contestatam, citandus est ad actus judicii non dominus, sed Procurator. Boer. *Decis.* 285. *n.* 1. Nec si citatus principalis non compareat, contumaciam incurrit, Sich. *ad d. L.* 22. *n.* 7. Quin contra potius, actus contra præsentiam domini et Procuratoris post talem citationem celebrati jure invalidi et nulli. Qua de re tota fuse et exacte Sigism. Scaccia *L. 2. de Judic. causs. civil. crim. etc. C. 8. n.* 664. *et seqq.*

(27) Rationem vide *infra C.* 15. *N.* 19. Eo ipso vero quod alium dedit dominus, priorem revocari, etsi posterior non acceptaverit, nisi post specialem, constitutus fuerit generalis, putat P. Greg. 49. *Synt.* 4. *n.* 17. add. Menoch. 2. *Præsumpt.* 36. *n.* 12. ubi idem tradit, etsi mandatum posterius inutile; aliasque conjecturas revocati Procuratoris ibidem profert, quas inde pete; add. Horat. Carpan. *Statut. Mediol. C.* 65. *Vol.* 1. Finitur quoque Procuratio morte constituentis, re integra, per ea quæ *supra Lib.* 16. *C.* 23. *n.* 3. id est, si Procurator actoris sit, antequam lis contestata, *L.* 15. *D. L.* 23.

qui prius erat procurator, finito mandato procurator esse desinat, atque ita alieno nomine agendi potestatem amittat, quod quia obscurum est interdum, idea observatione et admonitione indiget. De quo etiam hoc loco breviter subjiciam. Id ergo accidit, cum quis diversis temporibus dedit duos procuratores. Hic enim placet posteriore dato, priorem prohibitum videri. *L. si quis cum.* 31. *L. ult. D. de proc.* Cujus rei rationem ex *tit. sequenti* de pluribus procuratoribus datis cognosces. Accidit idem et in pluribus procuratoribus simul datis, quorum unus prior cœpit judicio agere. Hic enim placuit meliorem esse conditionem hujus occupantis: ut jam posterior non sit in eo, quod prior petiit procurator. *L. pluribus, D. eod.* Quod et ipsum quale sit, *ex titulo sequenti* sumetur.

XXIX. Dixi mandatum intervenire debere, ut quis alieno nomine recte agat: dixi, cujus id mandatum esse oporteat. Reliquum est, videamus quale placeat ad eam rem esse mandatum; et nihilne intersit, generale sit an speciale: expressum an significatum. Et cum de voluntate mandantis solum hic agatur, dicemus omne mandatum domini sufficere, (28) quo constet contineri

*C. h. t.* de quo et quando, nec ante litem contestatam, mors principalis rei mandatum perimat, vid. Menoch *d. Præs.* 36. *n.* 28. *et seqq et Cons.* 984. Vinc. de Franc. *Decis.* 466. Vel, si Procurator rei sit, antequam cautio judicatum solvi præstita sive ab ipso Procuratore, argum *l.* 76 *h. t.* sive a domino, ariente tamen Procuratore nec contradicente *L.* 15 *h. t.* Quare cum moribus nostris ferme inseri soleat instrumentis Procuratoriis clausula de satisdatione judicatum solvi, inde raro finiri morte etiam ante litem contestatam, notant Sich. *in L.* 23. *C. h. t. n.* 4. Gifan. *ibid. n.* 8. Gail. 1. *Obs.* 46 *n.* 4. Plane, post litem a Procuratore contestatam, morte domini non finiri, satis expeditum est *d. l.* 23. *C. h. t.* Cum enim tunc, nec expresse revocari possit, ut *infra C.* 17. minus tacite, quod fit morte Sich. *ibid. n.* 3. Exceptio est, jure Canonico, in Procuratore dato a prælato ecclesiæ *clem. ult. h. t.* Quod Trentacinq. *L.* 2. *Pract. Resol. h. t. Res.* 4. *n.* 7. *et* 8. extendit ad constitutos a rectore civitatis seu universitatis, et a quocunque administratore. In quibus vero caussis, lis non contestari solet, primus actus qui in ordinariis judiciis fieri consuevit post litis contestationem, idem operatur, Trentac. *d. Res.* 4. Usus tamen servat, ut mortui principalis heredes citentur ad assumendam litem, Zas. *in L.* 23. *C. h. t. n.* 6. Gail. 1. *Obs.* 109. *n.* 6. *et* 7. cui id, nec temere, displicet, cum ita heredum, fœde de industria litem extrahentium malitiis ansa præbeatur, tutiusque sit contra Procuratorem procedi, atque in eum sententiam ferri.

(28) Et modo, si in scriptis fiat, forma mandati (sic usurpatur instrumentum quo mandatum, continens pro re contenta) sit legitima *C.* 1. *h. t. in* 6. Quam innui tradunt in *L.* 65. *h. t.* de quo Vult. 2. *Jurispr.* 30. *n.* 27. *et seqq.* Wesenb. *Par. h. t. n.* 7. Rosbach, *Process. Tit.* 20. *n.* 18. *et seqq.* Ayrer. *Process. P.* 1. *C.* 4. *Obs.* 5. Rulant *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 8. *n.* 4. *et seqq.* Requirunt vero, ut exprimatur nomen (aliave demonstratio nominis vice fungens) constituentis, in prima vel tertia persona, nihil refert; item Procuratoris constituti. Nam is certus esse debet *L.* 2. *pr. h. t.* Certus autem dicitur quoque, relatione ad aliud. *L.* 6. *de reb. cred.* Unde etsi illa constitutio non valeat: *Qui primus Capitolium adscenderit:* vel ista: *Titium do Procuratorem*, si plures sint Titii, nec aliunde appareat quis designatus, valet tamen hoc: *constituo mihi omnes Procuratores qui in ista Curia* Procurationis officium exercent, ut pro expressis habeantur et litem persequatur qui primus occupaverit, vid Boer. *Decis.* 274. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 15. *n.* 10. *et seq.* Ant. Massa Galef. *ad Formul. Camer. oblig. Parte* 2. *ad* 5. *partic. oblig. Q.* 1. Rulant. *d. C.* 8. n. 4. A. Fab. *ad L.* 2. *h. t.* scribens posse dari incertum ex certis personis; non vero incertum ex incertis Deinde contineat nomen adversari contra quem; ubi quæri si ei debitus honor tributus non fuerit, an exinde mandatum vitiosum? Et hujusmodi exceptiones rejectas fuisse, prodidit Rulant. *d. C.* 8. *n.* 5. et judicia, coram quo litemque caussam in qua, et actus ad quos deputetur. Potest enim jure communi, et ad unum actum judiciarium eligi *L.* 2. §. 1. *C. de his qui ven. æt. L.* 4. *C. Mand.* et facit *L.* 3. *h. t.* in verbis *usque ad diem*, sed ex ordinatione Cameræ *P.* 3. *tit.* 12. non nisi ad totam litem, Gail. 1. *Obs.* 51. *n* 11. Myns. 1. *Obs.* 46. *et* 5. *Obs.* 84. *n.* 1. Ac solent præcipui actus exprimi ut ex formulariis apparet, vid. Rotschitz. *Process. P.* 1. *Art.* 6. n. 2. Rosbach. *tit.* 20. *n.* 52. Quod, ceu abundans, in iis quæ speciale mandatum non exigunt (neque enim ideo minus Camerales Procuratorium admiserunt in quo litis contestationis, conclusionis in caussa etc. nulla mentio, Mynsing. 4. *Obs.* 99.) nocere nequit; conducere autem potest amputandis cavillationibus. Subscriptionem quoque, quæ tamen non necessaria, quando totum Procuratorium, manu mandatis conscriptum, isque de hoc in eodem testatus est, arg. *pr. l. de Emt. et vend.* vers. *nisi et Instrumenta*, *et L.* 28. §. *ult. C. de test.* ac tradit in simili Cravet. *de Antiq. temp. P.* 1. §. *quæritur n.* 42 *p. m.* 58. et sigillum mandantis requirunt, quem et alieno signo uti posse censet Rulant. *d. C.* 8. *n.* 7. arg. eor. quæ *supra Lib.* 6. *C.* 8. *N.* 2. Ibidemque tradit in Principe

dam caussæ, quæ sententia mandantis continentur. Interdum contra quædam continentur mandati verbis, quæ ipsæ excluduntur mandantis sententia. Hæc autem ita sunt, ut est conceptio mandati.

XXX. Omne mandatum verbis aut speciale est aut generale. Speciale, ut cum nominatim mandatur alicui de mutua pecunia a Titio exigenda. Generale, cum omnium bonorum, aut omnium actionum administratio alicui commissa est. Speciale ad prius illud genus quod dixi, pertinet. Hoc enim certo continet eam speciem quæ verbis expressa est: et hactenus omne mandatum idoneum est (29) ad procuratorem litis constituendum, quæcunque caussa est, quæ mandatum desiderabit. Reliquas caussas idem mandatum ita non continet, ut etiam removeat interdicatque earum procurationem. *L. maritus*, in fin. *C. de proc.*

XXXI. Verum hoc posterius non est perpetuum. Nonnunquam enim hæc mandantis sententia est, ut velit quasdam caussas quanvis verbis non expressas mandato contineri: quamobrem et hæ continebuntur. Hæ autem sunt, sine (30) quibus mandata nominatim actio exerceri non potest. Manifesta hæc sententia est omnium aliquid mandantium aut concedentium, ut intelligantur omnia concedere sine quibus ad concessum perveniri non potest. *L.* 1. *D. de jurisd. L.* 1. §. 1. *D. si ususf. pet.* Atque hinc illa in proposito nata sunt. Ad rem mobilem petendam, idest vindicandam datus procurator, ad exhibendum quoque recte aget. *L. ad rem, D. de proc.* Item, ad legatum petendum procurator datus si interdicto utatur adversus heredem de tabulis exhibendis, procuratoria exceptio, quasi non et hoc esset ei mandatum, non obstat. *L. ad legatum. D. eod.* Utrumque ideo, quia nec res vindicari nisi certa designata non potest, *L. si rem*, 6. *D. de rei vind.* nec mobilis designari, nisi prius exhibita. Sed nec legatum ex testamento peti, nisi noverimus quale sit et quantum quod legatum est, quorum utrumque non nisi exhibitis tabulis testamenti cognoscitur.

XXXII. Generalis mandati vis contraria. Hujus mandati verbis continetur omnis administratio rerum ei generi subjectarum: sed ex sententia mandantis interdum quædam caussæ excipiuntur: quæ proinde ut quis eo nomine recte agat, speciale mandatum desiderant. Primum hoc statuamus, cuicunque omnium bonorum administratio aut omnium actionum potestas permissa est, etiam eum quavis ex caussa nomine domini pecunias exigere posse et rem in judicium dedocere sine alio speciali mandato. Nec intererit, comissan sit (31) administratio nominatim libera, an verusimpliciter et gene-

ratibabitionis inserta quia hæc ejusdem effectus Quanquam, si pensiculate loqui volumus, potius dicendum, clausulam cum libera, idem operari quod clausulam ratificationis, quam vice versa (etsi utro modo dicamus in reipsa nihil refert,) quia uti in hac promissio domini de rato habendo verbis expressa, ita in illa implicite continetur. Quia vero non tantum Procuratoris gratia (aut in ejus commodum, qui immo de mala gestione nihilo sociis tenetur *d. L.* 10.) sed et adversarii, ut omnimodam ei securitatem præstet, hæc clausula adjicitur, hinc est quod litteræ ad adversarium dirigendæ *d. L.* 65. *h.* 1. vid. *C. seq. N.* 25. Male vero Rulant *supra d. C.* 8. *n.* 6. clausulam substitutionis quoque exigit, ea si absit, mandatum rejici posse sentiens. Liberum enim constituenti an hanc potestatem tribuere velit, non necessarium. Et hæc de instramento mandati legaliter facti. De aliis probationibus, vid. *C. seq. N.* 25

(29) Specialis vero Procurator ut Duar. *h. t. C.* 1. duplex: 1.° Cui specialiter una caussa: 2.° cui certum genus negociorum forensium commissum. Sed aptius forte hic dicetur generalis, ut is duplex sit: 1.° Cui certum genus caussarum: 2.° cui omnes indefinite lites commissæ. Specialis vero ita duplex: 1.° Datus ad unam litem, seu totam: 2.° ad unius caussæ actum unum, vel plures, sed non omnes. Dari autem potest et ad litem futuram *L.* 3. *h. t.* id est quæ metuitur, modo tamen ex personis litigaturis et negocii qualitate, cujusmodi futura sit appareat. Nam ad litem specialiter unam plane incertam, inepte quis dederit, A. Fab. *ad d. L.* 3. Ut et datur in diem, sub conditione, ad diem *d. L.* 3. Unde A. Fab. infert Procuratoris dationem actum legitimum non esse, contra Hotom. *Ill. Q.* 32. et Cujac. 15. *Obs.* 16.

(30) Unde generalius Wes. *in Par. h. t. n.* 9. et Rosbach. *Process. tit.* 20. *n.* 28. datum ad petitorium, intelligi etiam ad possessoria et præparatoria.

(31) Consentit Baro *in L.* 58. *et L.* 60. *h. t.* Cujac. 6. *Diff. Modest. ad L.* 63. *h. t.* Gifan. *ad L.* 1. *h. t. n.* 16. quia pro eodem sumnotur, administratio absolute et libera administratio *L.* 41. §. 1. *de R. U. L.* 7. *de pecul.* Diss. Duar. *h. t. C.* 1. Wesenb. *Par. h. t. n.* 3. et relati *supra Lib.* 4. *C.* 15. *n.* 11. ac DD. communiter teste Rauchb. *P.* 1. *Q.* 2. *n.* 20. Sed et distinctio hæc jure Canonico probata, quo is cui mandatum est cum libera, potest ea quæ speciale mandatum requirunt *C.* 4. *h. t. in* 6. Covar. 1. *Var. Resol.* 6. *n.* 3. Konig. *Process. P.* 1. *pag.* 112. *et* 114. Tiraquel. *de Retr. ligu.* §. 1. *Gl.* 13. *n.* 22. Ejusque vi omnia Procuratori licere quæ dominus ipse facere

eam caussam, cujus nomine agitur. De quo non tam ex verbis mandati, quam ex sententia mandantis statuendum est. Nam interdum mandati verbis removentur quæ-

et Episcopo, sigillum adpositum sufficere, etsi ipse non subscripserit. Quanvis vero, Menoch. 2. *Præs.* 57. *n.* 37. *et Arb. Cas.* 213. *n.* 10. *et seq.* solam sigilli positionem absque subscriptione, alias fidem facere, sentiat; Recte tamen sanxit D. Augustus elector Sax. post visitationem, anno 1576. habitam sub tit. *Mandata und. Bollmachten:* Procuratoria, ut multivariis abusibus occurratur, non tantum partium sigillis, sed et subscriptionibus muniri oportere; ac si quis litterarum rudis, per tabellionem vel ad acta judicii mandatum perfici oportere. Comitibus et Baronibus hoc datur ut, si subsignare ipsi nolint, secretariis suis aliisve egregiis ministris id mandent, sigillo tamen adposito. Zaug. *in Prælect. ad Cap.* 1. *ext. h. t.* De sigillo, quando loco subscriptionis, confer Cravetta *de Antiquit. temp. P.* 1. §. *quæritur* n. 44. *et* 5. *seqq. pag. m.* 58. *et seq.* Sed num et clausulam ratihabitionis inferi necesse est? Quod videtur, per *L.* 65. *h. t.* Wes. *in Par. h. t. n.* 6. *et* 7. P. Greg. 49. *Synt.* 4. *n.* 7 Rulant. *d. C.* 8. *n.* 6. et alii quos allegat Rauchb. *P.* 1. *Q. Q.* 2. *n.* 1. Qui tamen ipse contra nititur, contendens neque ejus omissione mandatum vitiari, neque adiectione ampliari, ut nec idem operari eam, quod clausula *cum libera* (ceu plures censent) quia, inquit, libera administratio specialiter concedenda *L.* 7. §. 1. *in fin. de pecul.* Neque etiam Procuratorem rei a satisdatione judicatum solvi liberare valit. Contra Covar. 1. *Var. Resol.* 6. *n.* 6. Ad *d. L.* 65, resp. Rauchb. *d. Q.* 2. *n.* 37. illam vel ad jus vetus referendam quo quilibet Procurator, etiam quem verum esse constabat, de rato cavit, vid. *C. seq. N.* 23. vel speciale esse in eo quem absens, litteris ad adversarium directis constituit: Secus esse, si mandatum actis insinuetur, vel dominus apud acta Procuratorem constituat. Sed etsi ita Vitebergenses judicaverint, priori tamen opinioni tutius assisti puto; ita tamen ut mandatum quidem verum sit, quod dicta clausula careat; ast juste eo casu ratihabitionis cautionem adversarius exigat *d. L.* 65. Hac quippe procuratorio nomine inserta, dominum de nulla negligentia imperitiave Procuratoris teneri, ne quidem in caussa, vel actibus iis quos mandavit, rationis reor. Mandavit enim sane ut ageret Procurator, litem contestaretur, testes produceret etc. Sed mandati istius nulla alia interpetratio, quam ut rite agat: Quicquid igitur negligenter imperiteve gestum, id ceu extra mandati fines, domino nocare nequit, nisi de omni quod actum, rato habendo promiserit. Quin itaque, si absit hæc clausula, etsi mandatum certo probatum, ratio exigendæ cautionis, quæ *C. seq. N.* 21, *sub. fin.* non cessat, cum dominus denuo agens excipienti de lite ex mandato ejus finita etc. replicare posset, rem non ex mandato gestam; procuratoris culpa, dolove caussam perditam, id sibi fraudi esse non debere, qui mandaverit sane ut ageret, non vero ut negligenter in lite versaretur, cum nec generale mandatum perdendi licentiam tribuat *L.* 6. *pr. de cond. jud. L.* 60 *L.* 63. *h. t. et simil.* Proinde satisdatione hac nec verus Procurator relevatur, nisi dominus ipse de rato caverit *d. L.* 65. Sic nempe sine periculo elusorii vel redintegrandi judicii, procedi potest, omneque litis damnum, fraude culpave contigerit, modo circa litem actusve litis mandatos, dominus agnoscere debebit: Non sane ex ipso mandato, (quis enim hoc voluisse dominum dicet, et alias actio non daretur exinde contra Procuratorem, si per hoc mandato satisfecisset.) Sed ex hac promissione rati mandato adiecta. Quapropter magnæ utique vis est hæc clausula ac utrumque effectum operatur, cum ut a satisdatione relevet *tex. L.* 65. *h. t.* tum ut idem, quod plena administratio mandata continent. Quanvis enim specialiter hæc concedenda *d. L.* 7. §. 1. *de pecul.* verbis expressis, quibus tamen id verbis hoc est conjecturis induci non debeat, sed fiat, nil refert, ut *infra N.* 32. modo clare mens loquentis liqueat. Qui vero apertius poterit, quam ex his: *Ratum habebo, quicquid Titius egerit:* Aut quomodo hæc minus continebunt illis: *Do Titio liberam agendi facultatem.* Dices. Atqui cui omnium negociorum, vel litium administratio concessa est, differt ab eo cui libera ut *infra N.* 31. Recte inquam? Sed quid intereat? omnes lites exercere posse, et in omnibus (vel etiam una) libere omnes actus geri licere, vel etiam quicquid in omnibus (vel una lite, uno vel pluribus actibus, prout nempe mandati forma plus minusve continet) gestum fuerit, ratum habendum. Interest immo! Illic non sequitur, si in omni re versari licet, igitur et quolibet modo. Hic vero, nec ipsa verba alium sensum admittunt, cum in his: *quicquid gesserit* vox universalis, non ad res, seu lites (nam et ubi una lis committitur sic caveri potest) sed ad modos versandi in lite referatur. Proinde complectitur quicquid, quocunque modo, etsi malitiose, vel socorditer, modo non extra caussam commissam, gestum erit. Et bene Wesenb. *in Par. h. t. n.* 7. clausulam ita concipi debere: *quicquid* gesserit· non vero ita: *quicquid legitime* gestum fuerit. Nam dominus semper cavillari posset, non legitime gestum esse. Ex quibus liquet, ejusdem effectus esse hanc ratihabitionis clausulam, cujus est concessio cum libera, sive generali mandato subjiciatur, sive speciali, ut nimirum hoc casu speciali mandato cum libera æquipolleat. Prædicta eximie probat *L.* 10. *C. h. t.* ex qua patet judicatum ex fraude dolove Procuratoris ita demum rescindi non posse, si plena illi potestas agendi data. Quare si ea non data, cautio rati, ad hoc periculum avertendum, juste desideratur. Data vero ea cautione non onerandus Procurator, æque ac si clausula

raliter omnium rerum, bonorumve administratio, ut patet ex his duobus locis inter se junctis, *L. procurator cui generaliter*, *D. de proc.* et *L. nam et nocere*, *D. de proc.* Merito. Hæc enim petitio ejus administrationis et potestatis sive pars sive species est. In toto autem et pars continetur. *L. in toto et pars*, *D. de reg. ju.* Et generali ratione (32) omnes species ejus generis tam continentur, quam si nominatim essent comprehensæ. *L. si servitus*, *D. de ser. urb. præd.* Sed quod fit in cæteris concessionibus, hoc idem et in mandato isto generali accidit. Cæteræ concessiones generales sic accipiuntur, ut non contineant ea, quæ verisimile est quemquam nec specialiter fuisse permissurum. *L. obligatione*, *D. de pign.* *L. qui peculii*, *D. de pecul.* Sic est et mandatum istud generale, ut quanvis verbis omnium actionum exercitio permissa sit; tamen ex sententia mandantis non contineantur eæ, quæ ad affectum pertineant mandantis, quasque ideo verisimile sit non facile eum alii commissurum esse.

XXXIII. Hinc quasdam caussas esse legimus, quæ mandatum domini speciale desiderent ad agendum. Quod nihil aliud significat, quam etsi cui generaliter bonorum omnium administratio concessa sit, non posse tamen procuratorem eo mandato fretum de his caussis experiri. Sed et personæ quædam exceptæ sunt. Non quod non contineantur et caussæ istæ et personæ verbis generalis mandati; sed quod exceptæ sint ex ea quam dixi, sententia. Caussæ hujus generis sunt tres. Una est, interdictum de liberis qui sunt in potestate, exhibendis ducendisve. Hoc visum est neminem patris nomine experiri posse invito adversario, nisi et pater justa de caussa impediatur. et præterea agenti nominatim mandatum sit a patre. *L. Pomponius*, in pr. *D. de proc.* scilicet quia non videtur pater facile hanc actionem alii commissurus fuisse ne specialiter quidem. Conjectura ab affectu paterno ducta: liberi enim patri præcipue cari sunt: quo ex affectu non facile videatur pater permissurus esse potestatem et imperium in liberos alii, quam sibi. Hujus autem potestatis species est omnis caussa famæ; veluti si quis tutore suspecto postulato ad eum defendendum procurator accedat, quod placet nulli concedi nisi cui constet a tutore mandatum nominatim. *L. non solum*, *§. ult. D. de proc.* Hoc adeo, quod de fama domini hic agitur: famam autem et existimationem, rem scilicet omnium pretiosissimam, non facile solent homines aliis credere. Tertia species superiori finitima est in integrum restitutio quæ nomine minoris postuletur: de qua ita scriptum est in *L. illud*, *§. ult. D. de minor.* si talis interveniat juvenis cui præstanda sit restitutio, ipso postulante præstari debet aut procuratori ejus, cui id ipsum nominatim mandatum sit: qui vero generale mandatum de universis negotiis gerendis alleget, non debet audiri. Ratio eadem cum superiore. Nam in restitutione in integrum minoris nomine postulandapro pemodum existimationis caussa agitur: certe non sine caussa plerique putant ad existimationem suam pertinere. Fit enim in ea contra fidem, cum ea quæ consensu et bona fide gesta sunt rescindontur; ac quocunque prætextu rescindantur, semper hoc ipsum (33) turpe habe-

posset, scribit Konig. *d. p.* 112. Et concedi potest hæc libera potestas aliis verbis idem significantibus, veluti data plena administratione, arbitrio, potestate faciendi quicquid domino licet, Rauchb. *d. Q.* 2. *n.* 16. *et seqq.* Rosbach. *Process. Tit.* 20. *n.* 21. De vi clausulæ, in omnibus et per omnia vid. *Decis. Rotæ noviss.* 8. *n.* 7. Differunt vero generalis cum libera et specialis cum eadem, quia hic, extra caussas ad quas datus est, nihil potest, Decian. *Vol.* 3. *Resp* 91. *n.* 23.

(32) Etiam futuras, ut Gilao. *ad L.* 37 *h. n.* 6. *et* 7. arg. *L. ult. C. quæ res pign.* Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 16. *n.* 14. *et seq. Decis. novis. Rotæ P.* 3. *Lib.* 1. *Decis.* 57. *et Lib.* 2. *Decis.* 65. Sed specialis Procurator præfertur generali, Decian. *Vol.* 2. *Resp.* 109. *n.* 52. Secus, si simpliciter datus ad lites, ubi accipiuntur præsentes, nisi in præsenti nullas habuit qui constituit, Reder. Suarez. *in Lect. L. post rem judic. in declar. legis Regni §. Quia supra n.* 9. *sol.* 573.

(33) Vix hæc genuina ratio, etsi aptior forte priori. Melius A. Fab. *ad d. L.* 25. *§. ult.* quia mutatio voluntatis in eo qui rite rem gessit non præsumitur, sed probanda *L.* 22. *de probat.* Convenit *C. corum* 7. *extr. de in int. rest.* vid. *infra Lib.* 21. *C. ult. N.* 1. Sunt et aliæ caussæ similes, ut matrimoniales *L.* 3. *pr. de ri. nupt. C. ult. h. t. in* 6. juramenti delatio et relatio *L.* 17. *§. ult. de jurej.* præstatio juramenti calumniæ, Gail. 1. *Obs.* 83 item jusjurandum pro impetranda quarta dilatione, Gail. 1. *Obs.* 91. *n.* 19. Myns. 1. *Obs.* 70. Sigism. Scaccia *Lib.* 2. *de Judic. causs. civ. etc. C.* 3. *n.* 129 petitio compromissi *C. pertinens* 9. *de Arb.* Guid. Papæ *Cons.* 118. prorogatio jurisdictionis, vid. Guid. Papæ *Singul.* 961. Vult. *in L.* 1. *C. de jurisdict. n.* 114 *et seqq.* Renunciatio appellationis, item litis; cedentiæ et præventionis, Io. Monedan. *Decis.* 89. et aliæ, de quib. Zang. *de Except. P.* 2. *Cap.* 8. *n.* 18. Gilao. *ad L.* 60. *h. t. n.* 9. *et seqq.* P. Gregor. 49. *Synt.* 4. *n.* 9. *et* 10. et Peregrin. Jaunio. *de Citat. reali Lib.* 3. *C.* 21. *n.* 87. *et seqq.* qui casus 85. recenset. Sed si aliquibus horum expressis, subjec-

tur fidem non servare. Ut de fide data non agatur; tamen cum nemo minor restitui possit nisi infirmitate ætatis læsus, habet omnis hujus restitutionis postulatio confessionem imperitiæ et stultitiæ ejus cujus nomine petitur restitutio. *L. præfecti*. *D. de minor.* quæ crimina ne stultissimi quidem et ignavissimi homines solent agnoscere.

XXXIV. Dixi et personas quasdam generali mandato non contineri, ut adversus eas propterea agere liceat. Id accidit in duobus procuratoribus omnium negotiorum simul datis: de quibus ita placet ut, si unus debitor sit mandatoris, non possit unus ab altero pecuniam petere nisi nominatim hoc ei dominus præceperit; quasi non videatur dominus mandatum utrilibet eorum dedisse. *L. qui proprio*, 46. *L.* 47. *L.* 48. *D. de proc.*

ta clausula generalis ad non expressos extenditur *C.* 4. *h. t. in* 6. Itemque si generali mandato adjecto, exceptio aliquorum speciale mandatum requirentium, ubi cætera continentur, Covar. 2. *Var. Res.* 5. *n.* 8. Denique ubi, speciali mandato non subintellecto, generale frustratorium redderetur, Vigel. *Methodo jur. controv. Lib.* 2. *C.* 3. *Membro* 3. *Reg.* 4. *Exc.* 6. *Repl.* 2. *Dupl.* 1. *Triplic.* 1. 2. 3.

## CAP. XIII.

Quarum rerum cautionumve præstationes a procuratore et defensore alienæ litis exigantur: quibus non præstitis et illi actio, et huic defensio denegetur.

*Præstationes alias esse procuratori actoris, alias defensori rei necessarias.* I.

*Ab agente alieno nomine præstari reo oportere defensionem ejus cujus nomine agit, et de rato satisdationem.* II.

*Ratio.* III.

*Defensio esse debet boni viri arbitratu.* IV.

*Talis hæc auctior in tribus, et quæ.* V.

*Mitior in quatuor partibus, et hæ cujusmodi.* VI.

*Communis defensio procuratoris, tutoris, curatoris, actoris et syndici (quatenus propria tutoris et curatoris)* VII.

*Item cujusque actionem postulantis alieno nomine Actionis verbo, et quæ habent instar actionis comprehendi. Quæ id genus.* VIII.

*Defensione eximitur qui alienas res administrat, sed non in judicio.* IX.

*Item qui agit suo nomine, nisi id faciat occasione mandati. Hoc quale sit.* X.

*Procurator in rem suam sponte effectus defensioni obnoxius. Contrariorum solutio.* XI. XII.

*Secus ex necessitate talis. Differentiæ ratio.* XIII.

*Qui in rem suam procurator ex necessitate.* XIV.

*Qui sponte talis.* XV.

*Summa et conclusio rerum.* XVI.

*Defendendi necessaria ratio, etiam stipulatione interposita, est actionis denegatæ pœna.* XVII.

*Qui ultro defendit absentem, si judicatum solvi satisdedit, ex stipulatu convenitur dumtaxat. Interpretatio* L. non cogendum 45. *in pr.* D. de proc. XVIII.

*Defensio a procuratore litis initio exigenda: tunc omissa non potest repeti.* XIX.

*Satisdatio de rato altera procuratoris præstatio. Ex edicti verbis ejus cognitio petenda.* XX.

*Verborum edicti ex* L. servus, 33. §. ait prætor *analysis.* XXI. et seq.

*Verba* boni viri arbitratu *adjecta satisdationi in edicti posteriore clausula quid significent.* XXII.

*Cautio ratihabitionis necessaria reo, cum procuratoris incertum mandatum.* XXIII. et seq.

*Incertum 1. cum quis mandatam sibi actionem dicit, nec tamen desiderante reo probat. Accursii contra Bartolum probatur opinio.* XXIV. XXV.

*Quid si reus eodem die se probaturum recipiat eum qui se dicit procuratorem non esse.* XXVI.

*Incertum 2. si facta a procuratore mandati probatio non suffragetur reo. Hoc ex auctore nostro quale sit.* XXVII.

*Si certum mandatum, non est satisdatio ratihabitionis reo necessaria.* XXVIII. XXXI.

*Tale fit iis modis, quibus procurator actoris relevatur a veteribus satisdatione de rato. Quatuor illi et quinam.* XXIX.

*Si incertum, debetur reo et quidem ab omnibus satisdatio de rato.* XXX.

*Actor nihilominus a tutore vel curatore datus nunquam non cavet de rato. Quæ hujus a reliquis differentia.* XXXII.

*Præstandæ cautionis de rato eadem omnino necessitas et ratio quæ præstandæ defensionis.* XXXIII.

*Omnis alienæ rei defensor debet aut ipse, aut pro illo dominus, perpetuo judicatum solvi satisdare.* XXXIV.

*Etiamsi locuples et in dignitate constitutus.* XXXV.

*Etiamsi mandatum habeat a domino.* XXXVI.

*Cur id in actoris procuratore diversum.* XXXVII.

*A superiore regula excipi, seu potius nec comprehendi tutores et curatores* XXXVIII.

*Satisdationis a defensore præstandæ necessitas eadem, quæ in actoris procuratore.* XXXIX.

*Defensor cogitur et cavere de rato, cum de re absentis rei agitur.* XL.

*De re absentis rei quot modis agatur. Singuli breviter exponuntur.* XLI.

I. Esto ad agendum alieno nomine mandatum domini intervenerit, quibus mandato opus est; aut sine mandato defensorem alienæ rei admittat æquitas defensionis; nondum tamen satis ad actionem alieno nomine movendam, aut defensionem alienam suscipiendam, si adversarius repugnet. Hoc amplius ab utroque et procuratore actoris et defensore rei quarundam rerum præstationes exiguntur quæ, nisi præstentur, et agenti denegatur actio et alienam defensionem suscipienti defensio. Utrumque ideo, dum id agitur ut procuratio omnis litis procedat (1) sine ullo damno et injuria adversarii: quod in universa potestate procuratoris dandi providendum fuisse, atque adeo diligenter cautum esse initio diximus. Hæ præstationes usu adversarii ita exigente, aliæ sunt in eo qui alieno nomine agit, aliæ in alienæ rei defensore. Proinde ad has recte cognoscendas separatim de utroque dicendum est.

II. Ab eo qui alieno nomine agit, duo hæc exiguntur, quæ præstet desideranti reo: primum, ut eum cujus nomine actionem sibi dari postulabit, boni viri arbitratu defendat. Proximum ut satisdet eum ad quem ea res pertinet, ratum habiturum id quo nomine agit. Comprehensa hæc duo nominatim edicto prætoris, cujus id fragmentum extat in *L. servum*, 33. §. *ult. D. de proc.*

III. Harum præstationum duarum ab eo qui alieno nomine agit exigendarum ratio et æquitas hinc enascitur. Jam primum hoc constat æquissimum esse neminem cogi procuratorem actoris in se admittere, nisi hac conditione, ut ne fiat ei hoc facto conditio deterior quam futura esset, si dominus ipse experiretur. Nam et domini caussa est, in qua ipse agere videtur, dum per alium agit, et præterea procuratores primum admissos esse diximus contra quam summi juris ratio ferebat, utilitatis caussa, dum hac ipsa de caussa asperitas juris hac in re remissa est, et beneficium datum agentibus, ut his per alios agere liceret. Sic beneficium esse oportuit, ne conjunctum esset cum alterius injuria: quæ omnium beneficiorum lex est. *L. nec avus, C. de emanc. lib.* Et vero sic in universum jus est, nulli jus suum detrahendum esse; non licere cujusquam conditionem deteriorem facere: alteri per alterum iniquam conditionem inferri non debere. *L. 2. D. de his qui sunt sui vel al. jur. L. solvendo, D. de neg. gest. L. non debet alteri, D. de reg. jur.* Sequitur igitur, ut quæ reus haberet si dominus ipse suo nomine experiretur, ea etiam illi a procuratore agente ex hac æquitate præstanda sint. Duo sunt autem, quæ domino ipso agente reus adversus eum jure consequatur. Unum, ut si mutuo conveniat actorem, is se apud eundem judicem defendere debeat, nec prius cogatur reus exsolvere quod debet, quam mutuæ ejus petitioni responsum fuerit. *L. neque, C. de comp. L. qui non cogitur, D. de jud.* Alterum, ut si reus eo judicio absolvitur, liberetur ab actore: utpote nactus adversus eum exceptionem perpetuam rei judicatæ. §. *item si in judicio, Inst. de except.* Quare et si quis alieno nomine aget, hæc eadem ab illo præstari reo æquum est. Atqui id ita fit, si superiora illa duo a procuratore præstentur, quæ diximus: ut et reo mutua petitione adversus dominum agere volente, procurator dominum defendat, ut ipse dominus se defendere cogeretur: et satisdet eundem hunc dominum rem ratam habiturum. Defensio ista quin prius præstet non dubitatur. Sed non minus et posterius præstat ratihabitionis satisdatio. Hac enim fiet, ut aut dominus procuratori suo consulturus ratum habeat quod actum est; quo facto non magis postea agere potest, quam si cum eo actum esset: aut si is iterum agere volet: quia mandasse nihil probatur, consultum sit hac satisdatione reo, qua id consequetur a procuratore ejusve fidejussoribus quidquid ei obesse probabitur ob id quod dominus ratum non habuit. *L. si commissa, D. rem rat. hab.* Quæ caussa fuit prætori et defensionis et satisdationis superioris a reo exigendæ. Quæ qualia sint, a quibus exigantur, quæque sit in his necessitas præstationis et quando, videamus.

IV. Ac de defensione ita edicti verba sunt, ut cujus nomine quis actionem sibi dari postulabit, is eum boni viri arbitratu defendat. Ergo non solum ut defendat: sed etiam ut defendat (2) boni viri arbi-

(1) Ita et A. Fab. *ad L.* 33. §. 2. *h. t* et Io. Petr. Mohgnat. *de Reconvent.* Q. 16 *per l.* 2. §. 3. *Quib. ex ca. in poss. eat.* Accedit quod ita minuuntur lites, si per easdem personas, eodem judicio, conventio et reconventio peragantur, nec diffundantur per diversas personas et judicia, Gifan. *ad d. L.* 33. *n.* 23.

(2) *L. pen. h. t.* id est ad eum modum, quem arbitraretur verus æstimator æquitatis. Hic enim vir bonus, non judex, non IC. non orator, sed æquitatis sacerdos et arbiter, qui intellectu solo comprehenditur; Cujus arbitrii, certa, perpetua et stabilis Lex est. Cujac. *initio Tr.* 6. *ad Afric.*

tratu. Defendere dominum est, quibus in caussis vicissim quid reus a domino petere velit, de eo respondere agenti et eo nomine judicium in se suscipere. *L. sed et hæ*, *§. defendere*, *L. non solum*, in pr. *D. de procur.* Defensionem enim hic legitimam et judicii defensionem intelligimus, ut est usus juris. Sic autem jure judicioque quis defenditur, si suscipiatur judicium de eo quod petitur.

V. Boni viri arbitratus qui adjiritur, hoc valet. Quibusdam in rebus defensionem auget procuratori, in quibusdam temperat et minuit. Adversus procuratorem actoris his verbis tria hæc amplius exiguntur. Primum, ut defensioni dolus malus absit: res scilicet bonis viris maxime exosa, nec minus eorum arbitratu fugienda. Quo maxime continetur, ne procurator actorem frustrando efficiat, ne ad exitum controversia deducatur, ut est in *L. ult. D. de proc.* Secundum, ut procurator dominum defendat cum effectu: idest ita ut, si dominum debere constiterit, ipse et condemnetur et judicatum solvat: id quod declarat satisdatio quæ sequitur in hanc ipsam rem concepta. Et certe vir bonus non arbitratur verbis defensionis satisfieri agenti, sed re et effectu. Tertium, ut quidquid est superiorum rerum quas procuratorem in hac defensione præstare debere diximus, earum omnium nomine procurator jam a principio caveat reo, eidemque nunc in mutua petitione actori, et (3) caveat idonee: sic enim hic caveri debere scriptum est in *L. sed et hæ*, *§. defendere*, *D. de proc.* Id autem valet, ut caveat fidejussoribus datis, quales esse solent prætoriæ cautiones idoneæ. *L. 1. §. 1. L. prætoriæ satisdationes, D. de præt. stip.* Ita uno verbo hoc exigitur, ut procurator satisdet: siquidem cautio qua quid cavetur fidejussoribus datis, satisdatio appellatur. *L. 1. D. qui satis. cog.* Quid autem satisdabit, cui defensio ista imprimitur? Quod certi juris est ab omnibus rei alienæ defensoribus exigi, judicatum solvi, *Inst. de satisd.* in pr. *§. si vero*, *§. sin autem.* Quæ vel una cautio satis declarat procuratorem in hac defensione priora illa tria omnia præstare debere, quæ supra dixi; rem defendere et, quod idem est, judicium de re suscipere; dolum malum a se abesse; quod judicatum est solvere: quoniam istarum omnium rerum nomine caveat, qui judicatum solvi continet. *L. 6. D. jud. sol.* Hæc vero satisdatio ex boni viri arbitratu est, quia id arbitratur vir bonus quod æquum est. Æquum autem consuli reo mutuo agenti adversus defensorem, non solum ut illi eadem præstentur; quæ a domino ipso si ageret: sed etiam ut illi in eam rem cautum sit jam a principio, ne temere cogatur alium debitorem sequi, eum quo nihil rei prius habuerit et cujus non nuverit facultates.

VI. Hic idem boni viri arbitratus defensionem mitigat procuratori adversus reum qui mutua conventione utitur. Hoc enim ei præstat ut in hac defensione non gravius oneretur quam dominus ipse, si is per se ageret, sed eamdem vicem subeat: quia eum qui personam domini sustinet, ita haberi æquum est et viri boni arbitrio conveniens. *sed et hæ*, *§. defendere*. *L. minor.* in fin. *D. de proc.* In quo quatuor hæc continentur de quibus non satis exprimitur defensionis verbo. Primum, ut procurator dominum defendat, non ubivis et apud quosvis, sed (4) eodem loco et apud eumdem judicem, *L.*

(3) Et in hoc uno durior conditio *d. §. 3* Ratio diversitatis: Reo imputari non potest cur sit reus, quando invitus convenitur. Procuratori potest cur officium susceperit, quod scire debebat, nec nisi hac conditione posse suscipi, A. Fab. *ad d. §. 3.* Petitur autem hæc cautio ex communi DD. sententia, quando non statim reconvenire vult reus, quia nec potest quod jura sua non habeat in promptu. Secus, si in præsenti reconvenire posset, Jo. Petr. Molig. *de Reconven. Q. 13.* Frustra enim tunc desideratur cautio de futura defensione, sed præsens requiritur. Cavetur vero actionum jam competentium nomine, non futurarum et quæ nondum natæ, Gifan. *ad L. 37. h. t. n. 5.*

(4) Quia coram eodem mutuæ petitiones expediri debent, *L. 12. de jud.* vid. *supra Lib. 17. C. 18. N. 12.* Plane si quod mutuo petitur excedat jurisdictionem ejus coram quo prior actio instituta, quo casu coram alio agendum *L. 11. de jurisd.* etiam coram alio ut defendat cogi, modo non in alia provincia, vult Gif. *ad d. L. 35. n. 10. et 11.* Ast. *d. L. 11.* coram alio eo casu agendum esse non probat, sed contrarium *in §. 1.* Male vero ex *d. L. 35. § 2.* infert A. Fab. *ibid.* Reconventionem non tollere incompetentiam jurisdictionis, de quo vid. *supra d. C. 18. N. 11.* Quasi inde sequatur quod possit quidem reus, in quem egit Procurator, in provincia conventus, Romæ reconvenire et debeat quoque, hoc tamen casu non teneatur defendere. Nam *d. §. 2.* potius hoc arguit quod non alibi teneat reconventio, quam ubi conventio. Quia defensor omnino eo loco est quo dominus, nisi quod in uno durior ejus conditio, quod cavere debet. Si igitur dominus alibi reconveniri posset, durante scilicet judicio conventionis priori, etiam Procurator alibi cogeretur defendere.

*sed et hæ*, §. 1. *D. de proc.* nam et domino agente idem liceret, si mutuo conveniretur. *L. qui non cogitur*, *D. de jud.* de quo in jurisdictione diximus. Alterum, ut procurator in judicato solvendo non teneatur lege aliarum stipulationum, quo solidum præstet, sed si quæ hic sint domino exceptiones minuendæ solutionis caussa, iisdem et ipse recte utatur: ut, si mariti nomine procurator agat, et uxor a marito vicissim quid petat, hactenus teneatur procurator in hac defensione, ut ne (5) amplius quam maritus facere potest præstare cogatur; quam tamen exceptionem personalem esse, et alias personam non egredi constat. *L. minor*, in fin. *D. de proc. L. quia. L. alia*, seq. *D. sol. mat.* Tertium est, ut procurator dominum defendere debeat, non utique adversus omnes a quibus post judicium a procuratore institutum dominus conveniatur, etsi edictum nihil distinguere videtur; sed ut adversus eum ipsum reum solum cum quo procurator agere instituit. Nam nec dominus ipse, si cum aliquo ageret, cogeretur alterius in eodem judicio excipere mutuas petitiones. Sed nec vir bonus arbitraturus sit, quod inter procuratorem et reum geratur, id aliis prodesse debere ad procuratorem his obstringendum quibus prius non fuit obligatus et eum quibus nihil gessit, quo obligaretur. Alienum etiam id in hoc edicto a mente prætoris, cui propositum est hoc edicto damnum procurationis admissæ prohibere. Nemo autem ob procurationem admissam damno afficitur, nisi is cum quo agitur. Quartum, ut si qua caussa est seu justa seu necessaria omittendæ actionis, nec dominum defendere debeat procurator, etiam qui domini defendendi caussa judicatum solvi satisdederat. Neque enim vir bonus arbitrabitur, eum qui propter actionem defensionem suscipere coactus erat, cogi in ea defensione perseverare sublata actione, id est ea caussa propter quam solam defensio postulabatur: hoc in *L. sed et hæ*, §. *defendere*, *D. de proc.* Omittendæ actionis justa caussa est, si qua interveniat ex iis, propter quas defensor ipse qui satisdedit judicatum solvi, potest defensionem deserere: de quibus dicetur in ea parte in qua an necesse sit procuratorem obire et quatenus quæritur. Hujus ipsius actionis omittendæ necessaria procuratori caussa est, si ex caussa a domino remotus sit. Quo casu et ipsum judicium accipere ob defensionem justissime recusabit, qui remotus procurator esse desierit: procurationis autem caussa susceperat defensionem, *d. L. sed. et hæ*, §. *defendere.*

VII. Jam videamus a quo hæc defensio exigatur. Et verba edicti ita sunt non ut procurator actoris dominum defendat, sed generaliter ut dominum defendat is qui alieno nomine actionem sibi dari postulabit. Ergo quisquis is erit, sive procurator a domino datus sive tutor curatorve, sive actor civitatis aut syndicus, quibus posterioribus plus juris tributum est; omnes quia alieno nomine agunt, pupillorum, adolescentium, civitatis suæ nomine mutuo conventi pupillos, adolescentes, civitatem defendere debebunt ita, ut defensionem esse debere supra diximus. De procuratore constat *L. servum.* in fin. *D. de proc.* De actore civitatis traditur in *L. item.* §. *actor*, *D. quod cujuscum. univ. nom.* Tutorum autem curatorumve in causa pupillorum aut adolescentium adeo propria hæc defensio est præter cæteros ut, quamvis superiorum nomine non agant, sed ultro conveniantur; tamen tutelæ aut curæ suæ commissos pro officio defendere debeant. *L. ult. C. de adm. tut.* quanto magis, si prius istorum nomine actionem moveant? Hoc a cæteris distant tutores et curatores in hac defensione, quod hi satisdatione non onerantur. *L. ult.* §. *defensionem. C. de adm. tut.*

(5) Itaque melior caussa defensoris, quam vel heredis vel fidejussoris. Satis enim habet actor, si tantum consequitur quantum consequeretur, si, ut spes est *d. l.* 15. §. 1. maritum ipsum convenisset. Quo circa inspicitur quantum maritus qui defenditur facere possit, non quantum defensor, Ant. Faber. *ad d.* §. 1. Nec aliud statuendum in defensore spontaneo, qui mandato caret, contra quam Gifan. *ibid. n.* 16. nequicquam motus argum. *L.* 46. *de min.* Non dispar omnino caussa condemnationis quæ ex ora proficiscitur, a caussa restitutionis in integrum *d. L.* 46. quæ ex æquitate, A. Fab. *ad d. L.* 46. Non ergo in plus condemnatur, etiam hic defensor: at non contra sententiam restituitur, quia eandem vicem subit in eodem judicio; Restitutionis vero novum est et aliud judicium. Quia vero eodem jure est quo dominus, etiam pati potest ea quæ et dominus pateretur. Ergo et defendit, etsi in possessionem venire patiatur *L.* 35. §. *ult. in fin. h. t.* Dicitur equidem missio, pœna latitantis qui non defenditur *L.* 2. *pr. L.* 7. §. 1. *Quib. ex ca. in poss. eat.* sed illa quæ sit solius prætoris auctoritate, non quam ultro quis patitur, A. Fab. *in d.* §. *ult.* Quandoque enim cautio damni infecti petitur, magni damni nomine, cum vilis domuncula sit in cujus possessionem mittendum, ubi expedit pati possessionem, quam satisdationem præstare, Gifan. *ibid. n.* 24.

VIII. Sed quicunque isti erunt, cum exigit prætor, qui actionem sibi dari postulet et postulet alieno nomine. Primum qoi postulet actionem, et quod idem est, qui agat. Actionis verbum, ut est proprietas et usitata significatio verbi in usu juris, eam petitionem significat quæ distinguitur a præjudiciis, interdictis, stipulationibus prætoriis quæ apud magistratum postulantur, interrogationibus in jure factis: ut istorum verborum distinctio facile ostendit. Quam proprietatem si sequimur, non pertinent ad hoc edictum qui alieno nomine aut præjudicio, aut interdicto agunt, aut alieno nomine damni infecti exempli gratia sibi caveri postulant. Sed animadversa sententia earum legum quæ actionis verbo usæ et quid tribunt aut denegant, obtinuit generatiter in omnibus actionis verbo contineri non eam tantum petitionem, quæ proprie et specialiter ita dicitur, sed etiam superiora omnia, quæ actionis instar obtinent; præjudicium dico, interdicta, stipulationes prætorias, ut damni infecti, legatorum, et (6) similes. *L. actionis. D. de oblig. et act.* Quippe in his verba alja sunt; at res et ratio legis ad aliquid tribuendum aut denegandum eadem. Versatur enim et in illis judicium, quo idem illud agitur quod in actione, ut scilicet cogatur adversarius quid præstare, quo nomine sententia judicis aut condemnetur aut absolvatur. In re simili et ratione legis eadem, sententia legis exigit ut jus idem statuatur. *L. illud, D. ad leg. Aquil. L. non possunt, L. nam ut ait, D. de legib.* Quomodo et hoc edictum acceptum est, ut sit hæc sententia: quodcunque quis alterius nomino sibi permitti a magistratu adversus alium postulabit, sive ea est quæ specialiter actio dicitur, sive id quod instar habet actionis: et generaliter quodcunque est, quod sibi quis ab alio alterius nomine per magistratum aut judicem fieri desiderabit: bunc qui id postulabit, debere eum cujus nomine id postulat, defendere; et si res exigat, cavere eum ipsum rem ratam habiturum. *L. sed et hæ, §. 1. L. non solum, in pr. L. Pomponius, §. 1. D. de proc.* Et certe non est consentaneum, prætorem in una caussa procurationis institutionem sine damno adversarii procedere voluisse; in cæteris in quibus idem esset incommodum metuendum, noluisse.

IX. Sed ut quævis actio alieno nomine instituta hanc defensionem inducit, ita ad hanc defensionem postulandam, ut alterius nomine actio postuletur, edictum omnino exigit. Quo admonemur non exigi hanc defensionem ab eo, qui extra judicium alicujus res administret. Idque eo fit certius, quod ex edicto non defendentis procuratoris pœna non alia est, quam ut denegetur ei actio: de quo postea. *L. mutus. §. pœna, D. de proc.* Quam pœnam constat nullam esse posse adversus eum, qui nullam actionem sibi dari postulet. Quapropter quod in *L. 3. C. eod.* scribitur eos qui res agunt heredum, ab administratione prohiberi, nisi conventi defendant heredes: eos qui agunt accipere debemus, eos qui judicio agunt: et administrationem intelligere administrationem exercendarum actionum, a qua illi alioqui probibeantur. Idque non modo non repugnantibus verbis rescripti, sed etiam hanc sententiam exigentibus. Non enim absolute illic scribitur eos qui heredes defendunt, ab administratione prohibendos: sed additur; *secundum formam jurisdictionis*, quod valet secundum formam in jure dicendo usitatam; seu secundum formam, quam edictum perpetuum in jure dicundo præscribit. At ea forma est tantum quam modo dixi, ut nec defendenti denegetur actio quam postulabat. Unde intelligitur ad alios, (7) quam ad eos qui actionem postulant, seu judicio agunt, eam formam, eoque et prohibitionem illam ab administratione de qua rescriptum loquitur, non pertinere. Non me movet quod

(6) Et interrogationes *d. l. 39. pr.* quia licet non sint actiones, earum tamen præparatoria, et actiones novas pariunt, quæ interrogatoriæ, Ant. Fab. *ibid.* Sed et actiones illæ quæ in heredem non dantur *L. 37. pr. h. t.* ubi ratio dubitandi, Heres magis repræsentat personam defuncti, quam Procurator domini. Ratio decidendi. Procurator non nisi viventis. Ergo quo tempore agit, actio superest quæ ut contra dominum exerceri posset, ita et contra Procuratorem. At quo tempore heres est, actio jam intercidit et nulla est, A. Fab. *ad d. l. 37.*

(7) Aliter Gif. *ad d. L. 3.* accipiens eam de actore seu dispensatore negociorum, quem idem *ad Rub. D. h. t. n. 74. et seq* comparari Procuratori, tutori, curatori, institori scribit; sed hoc distare, quod is actor servus sit, etc. Quæ expositio peccat in eo quod servum nomine domini judicio consistere et experiri permittit. Rectius forte accipiemus *d. L. 3.* de Procuratore negociorum universali. Nam generaliter ad negocia datus, censetur etiam ad agendum vel defendendum *L. 12. de pact. C. qui gener. 5. h. t. in 6.* et facit *L. 46. §. ult. h. t.* Sic officialem principis agere posse nomine domini sui pro caussis in officio suo coit ugentibus, scribit Wurmser. *Tit. 5. Obs. 2.*

tutor qui ultro conventus pupillum non defendit, ut suspectus removetur a tutela. *L. ult.* in pr. *C. de adm. tut.* Multum enim inter tutorem et procuratorem quanvis omnium bonorum interest. Tutoris munus publicum est. In quo si quid delinquat ipse, est suspecti accusatio constituta, ad quam omnes admittuntur: proinde et creditores quibus agentibus tutor pupillum defendere recusat. §. *consequens*, *Inst. de susp. tut.* Procuratoris autem qualiscunque sit, munus privatum. In quo si quid delinquat, de eo solus dominus potest statuere. Hæc enim eo nomine adversus procuratorem actio datur: non etiam ulli alii privato, cum quo procurator nihil contraxerit.

X. Exigit deinde prætor eum qui actionem postulet alieno nomine: ut si quis suo nomine agit, is alium defendere non debeat; qualis est etiam qui (8) populari actione agit: *d. L. mutus*, §. *in popularibus*, *D. eod.* si quis alieno, is defendere debeat omnem cujus nomine agit. Quod posterius sic acceptum est, ut nihil intersit alienam quis actionem sibi dare postulet alieno nomine; an vero postulet actionem suam, sibi sua conventione quæsitam, dum postulet item alterius nomine, puta quæsitam per caussam alienæ litis. De quo hæ species proponuntur in *L. non solum*, §. 1. *D. de proc.* Procurator creditoris cum pecuniam exigeret, delato sibi a debitore jurejurando juravit absenti domino dari oportere. Deinde agit actione in factum ex caussa jurisjurandi. In quo ille actione sua, et quam contractu suo sibi peperit, utitur. Jurejurando enim contrahitur. *L.* 5. §. 1. *D. de pec. L. qui jurasse*, in fin. *D. de jurej.* Vel cum idem procurator instituerel pecuniam petere, imploravit debitor ab eo aliquam moram solutionis; et ut impetraret, constituit se ei ipse pecuniam soluturum: quo nomine deinde procurator agit de pecunia constituta. Utitur et is in hac re actione sua. Nam ei recte constitutitur, quod alteri debetur: daturque ei soli ex edicto eo nomine actio. *L. eum qui*, §. *quod exigimus*, *D. de pec. const.* Scriptum est in *d. L. non solum*, §. 1. procuratorem in utraque actione de rato cavere debere. Nihil adjicitur quidem de defensione. Sed cautione ratihabitionis admissa, citius admiserimus et hunc debere judicem dominum defendere. Cautio enim de rato satis indicat rem alienam agi; cum ea cautio illic solum exigatur, ubi periculum est ne dominus, cujus scilicet de re agitur, de eadem re iterum agat. *Inst. de satis.* in pr. In re autem aliena semper æquum est neminem agentem eo nomine alia conditione admitti, quam qua admitteretur dominus ipse, si ageret: ac non admitteretur nisi hac lege, ut mutuæ petitioni adversarii responderet. Atqui hic procurator vere actiones suas sibi dari postulat, non alienas: quippe quæ domino quæri non potuerint, ut ibidem expressum est. Sed postulat alieno nomine qui ideo petit, ut quod ex his consecutus erit, id domino cujus negotium geritur, restituat: quod et mandati judicio restituere illi cogitur. *L. qui proprio*, §. *procurator*, *D. de proc.* Immo in *d. L. non solum*, §. 1. scriptum est hunc in his caussis non solum sua actione agere, sed etiam nominatim *suo nomine*. Sed horum utrumque recte dicitur (9) propriis rationibus. Actionem hic suam postulat. et suo nomine, si proximam caussam rei gestæ spectamus; sin summam, et ad quam unius hæc acquisitio et postulatio refertur, res plane geritur domini nomine: utpote ad quem hujus commodum et incommodum redeat, ut dixi. Et vero in his caussis si exitum spectamus, ita res domini propria est, ut cum istæ actiones per caussam judicii et litis alieno nomine institutæ procuratori quæsitæ sint, sic ipsi eo nomine competant directæ, ut domino (10) computant eodem nomine utiles, in quibus

(8) Gifan. *ib. n.* 8. Nam et publice interest in populari actione admitti quenvis, citra onus satisdationis præstandæ aut defensionis suscipiendæ, A. Fab *in d. L.* 43. §. 2. Atqui pater de dote agens et cavere debet ratum habituram filiam, et defendere debet *d. L.* 39. §. 3. Resp. etsi dotis actionem pater habeat suo nomine; ea tamen filiæ communis *L.* 2. *sol. matrim.* nec sine ejus voluntate moveri potest. Quare non potest agere suo nomine quin agat etiam alieno, A. Fab. *ad d.* §. 3. Et idem hic periculum ne reversa filia denuo agat, Gifan. *ib. n.* 23.

(9) Sic A. Fab. *ad d. L.* 39. §. 1. Illic suo nomine quis experitur, et tamen tanquam Procurator, inspecta totius negocii origine, si actionem sibi quæsiverit quasi Procurator non fuisset. Nam in *d.* §. 1. agit propter suum jusjurandum, dominus enim non juravit. Et jurando, non magis quæri potest domino actio, quam stipulando: imo minus, quia jusjurandum est personalissimum quod animæ adhæret. Et hoc ipsum tamen quod juravit, fecit tanquam Procurator. Et Gifan. *ibid. n.* 14. *et seq.* Etsi, inquit, juravit domino deberi non sibi, hoc tamen proprium jus jurandi, ut ad jurantem solum pertineat, licet ejus utilitas ad alium referatur. Ob perjurii enim periculum, nemo jurat alieno nomine, sed suo, licet hodie pessimo more contra invaluerit: ita Gifanius.

(10) Et sic accipienda *L.* 9. §. *pen. in fin. de jurej.* et conciliand cum *d. L.* 39. §. 1.

illic procuratori præfertur. *L. in caussa*, in fin. *L. si procurator*, seq. *D. de proc.* Etsi ergo procurator in his caussis directas istas actiones sibi dari postulans proprias postulat: tamen revera postulat domini nomine, cujus in eo negotium agitur. Hoc autem satis, ut hic procurator ad edictum pertineat. Nihil enim amplius edictum exigit, quam ut quis actionem postulet alieno nomine, neque distinguit, utrum in eo alienam postulet, an vero suam.

XI. Sed tamen hoc semper relinquitur, ut actionem postulari oporteat alieno nomine. Hinc quæsitum de procuratore in rem suam dato, an si is mandatis actionibus experiatur, cogatur dominum qui eas mandavit, eo judicio defendere. Sint, puta, alicui legatæ, donatæ, venditæ, in solutum datæ actiones, et ex his caussis a domino cessæ seu mandatæ: quibus ex caussis, et similibus is cui mandatæ sunt actiones, dicitur procurator factus in rem suam, ut supra pluribus exposuimus sub titulo, *qui procuratores esse non possint.* Quærimus, si actionibus his mandatis conventus reus a domino vicissim quid petere velit, an qui exerceat procurator in rem suam datus dominum defendere debeat. Nascitur ambigendi caussa ex conditione hujus procuratoris. Nam is diversis rationibus recte dicitur agere alieno nomine, et idem rursum suo nomine agere. Si jus directarum actionum spectamus, alieno nomine agit. Nam hæ quanvis cessæ, jure tamen veteris domini manent et ex persona ejus nunc exercentur. Sin spectamus et finem et commodum exercendarum, agit is suo nomine, non alieno: utpote ita mandatis actionibus, ut eas exerceret in rem suam: idest, ut commodum omne et incommodum ad eum pertineret. Hæc in *L. qui stipendia, C. de proc.* Hoc est ergo, quod quæritur in hac parte edicti, utrum horum accipi velimus in procuratore in rem suam dato, ut sciamus, ecquid ad edictum, necne; et si alieno nomine eum agere placet, cogatur dominum mandatarum actionum defendere: sin placet agere eum suo nomine, non cogatur. Et de eo ita scriptum est in *L. servum*, 33. in fin. *D. de proc.* etsi quis in rem suam procurator interveniat, adhuc dicendum esse eum debere dominum cujus ex persona agit, defendere: *nisi forte* (11) *ex necessitate fuerit factus.* In quo hanc distinctionem inesse apparet, ut procurator in rem suam datus, si quidem non ulla necessitate cogente factus sit, dominum defendere debeat: sin ex necessitate non debeat. Paulo post quæ sit hæc necessitas, dicetur. Ante ipsa distinctio animadvertenda est: cujus prius membrum aliis locis plane refelli videtur: posterius autem etiam a priore everti: ut merito adversus eas dubitationes ante omnia ipsa nobis constituenda sit.

XII. Primum dicimus procuratorem in rem suam non ex necessitate datum defendere debere eum a quo mandatas actiones accepit, falsum ex edicto: quo non exigitur defensio ista, nisi ab eo, qui alieno nomine actionem sibi dari postulat. Procurator autem omnis in rem suam datus, undecunque et quacunque de caussa actionem sibi cessam habeat, certe agit suo nomine, non mandantis. Neque longius probatio quærenda est, quam ex verbo. Inde enim dicitur procurator in rem suam, quod valet, in rem et proprium lucrum, quod agendo sibi et suo nomine persequitur, ut explicatur in *L. 4. C. de proc.* unde et in eo dicitur rem suam non alienam gerere. *d. L. qui stipendia, C. eod.* Et sane negari non potest, quod jam dixi, si spectamus finem et exitum mandatarum actionum, quin procurator in rem suam datus hunc

vers. *neque enim*, Gifan. *ibid. n.* 15. Pac. 2. *Enant. Q.* 42.

(11) Vulgo hoc ita exponunt, si cessæ actiones, ex caussa onerosa. Et ita quoque distinguit Gifan. *ad d. L.* 33. §. *ult.* quod si ex caussa lucrativa mandatæ actiones, cogatur defendere *d. L.* 33. §. *ult. L.* 70. *h. t.* ubi caussa fideicommissi est. Rationem esse in æquitate naturali, ut qui commodum sentit, onus non detrectet, et qui beneficio ab aliquo affectus, defensionis præstet officium. Si vero ex necessarie, seu non lucrativa, non cogi, nisi in fraudem negocium gestum *d. L.* 34. Quam distinctionem refellit A. Fab. 13 *Conject.* 10. et ad *d. L.* 33 §. *ult.* Quia contractus omnes, ab initio, voluntatis, etsi postea necessitatis esse incipiant. Et succurritur sane necessitati, sed nisi quis se ipsum sponte in eam conjecerit *L.* 7. §. 8. *Qui sat. cog. L.* 14. *de fidej. L.* 3. *de separ.* Ac regula est, quod ex qua persona quis agat, ejus factum præstet *L.* 149 *de R. J.* cui non eximitur caussa onerosa. Nam quæcumque caussa sit, perinde est si Procuratorio nomine agitur, ac si ipse agat qui mandet. Ac licet æquum non videatur, ut alienis litibus implicetur Procurator in rem suam, qui caussam suam agit, sibi tamen imputet, cur mandatis actionibus directis, nomine alieno experiatur, cum utilibus possit proprio. Denique verba *d. L.* 33. §. *ult.* indefinite concepta: et incongruum, regulam coarctari ad caussas rariores, exceptionem vero subjectam continere crebriores, quando longe sæpius mandari soleant actiones ex caussa onerosa.

exitum spectans agat mandatis actionibus suo nomine. Sed non eo minus verum est, quod et ante dixi, si jus spectamus et præsentem statum actionum, mandatas actiones quæ mandantis manserunt, ex persona ejus exerceri. *d. L. qui stipendia. C. de proc.* Proinde et ejus nomine a principio, etsi exitu id agitur, ut commodum sub persona et nomine mandantis perceptum ad agentem redeat. Unde et cui ita mandatæ sunt actiones, dicitur procurator, cum adjuncto quidem, ut dicatur in rem suam, attamen semper procurator. Nullus autem procurator, nisi qui negotium alienum admnistrat domini mandatu. *L. 1. D. de proc.* Atque hoc potius spectari placuit cum de domino defendendo agitur. Hic ergo objiciuntur illi loci, quibus constanter traditur procuratorem in rem suam datum in contraria caussa haberi debere, quoties quæritur, utrum res ejus habenda sit, de qua agitur, an aliena: utrum suo nomine videatur agere, an alieno. Traditur, inquam, eum in hac quæstione pro domino haberi, non pro procuratore: haberi pro eo, qui rem suam et uo nomine agat, non alienam, aut alieno nomine. Ut puta, militem et fœminam constat alieno nomine actionem movere, aut alienam defensionem suscipere non posse. *L. militem, L. alienam, C. de* proc. Placet tamen ambos si mandatæ sint his in rem suam actiones, et hoc modo procuratoris in rem suam factos, recte actiones mandatas exercere: ubique reddita hac ractione, quia alieno negotio non fungantur; rem suam agant, et suo nomine. *L. 4. L. qui stipendia, C. eod.* Quinimmo si in litem movendam concurrant dominus et procurator in rem suam datus, placet hunc ut in re vere sua domino præferri, *L. procuratore in rem suam L. 55. L. quæ omnia, 25.* in fin. *D. de proc.* Sed et hoc idem adversus eum observatur, si res postulet. Nam cum in propria caussa tantum biduum detur ad appellandum, in aliena triduum: visum est procuratori in rem suam dato solum biduum observari tanquam propria in caussa: utpote cujus commodum vel damnum ad eum suo nomine pertineat. *L. 1. §. in propria, D. quand. appel. sit.* Et ita res habet: in cæteris caussis omnibus, quod cum commodo incommodove procuratoris in rem suam dati fiat, semper is pro domino litis habetur; semper is qui rem suam agat, et suo nomine. In hac una re non habetur, cum postulatur ab eo ut dominum defendat. Non sane quod non pariter in omnibus caussis id agatur inter dominum et procuratorem in rem suam datum, ut actio mandata sit propria procuratoris, unde et is in rem suam, ideoque et suo nomine experiatur: sed quod in cæteris caussis hæc conventio servari potest sine adversarii injuria: in defensione autem domini detractanda non potest. Nam si procurator in rem suam datus mandatas actiones exercens, eum a quo mandatæ sunt, defendere non cogitur: eveniet ut sit in potestate domini alio actore sibi substituto omnem sui mutuo conveniendi potestatem reo adimere. Sic enim fiet, ut neque conveniri possit procurator, quem negamus cogi defensionem suscipere: neque dominus, qui ipse non agat. Semper autem probandum est æquum esse, quod is cum quo agitur haberet si dominus ipse ageret, id etiam illi tribui alio in locum domini substituto. Proinde sicut dominus si ipse ageret, se mutuo defendere deberet: ita si alium dat vice sua procuratorem, eum quoque et a procuratore defendi. Verum est igitur prius illud superioris distinctionis membrum, procuratorem quamvis in rem suam datum, dum non ex necessitate datus sit, nihilominus ipsum æquum esse dominum defendere: cujus ex persona et nomine actionem ab initio postulari constat.

XIII. Sed hoc admisso, videtur everti membrum posterius. Nam et qui ex necessitate in rem suam procurator factus est, non minus et ipse alienam actionem ab initio, et alieno nomine postulat: est enim unus et idem procurator mutuo inter dominum et ipsum consensu constitutus. Neque huic ex necessitate mandatæ actiones magis fiunt ejus quam fiunt ejus, cui nulla necessitate mandatæ sunt. Quare si in priore procuratore mandatum domini non potuit adimere reo potestatem dominum mutuo conveniendi, quin is a procuratore defendi deberet: non debet ne in posteriore quidem adimere, cui non alio modo, quam superiore domini consensu, neque dissimili effectu mandatæ sunt actiones. Sed non recte hi procuratores in hac re comparantur. Sane enim hoc conveniunt, quod ambo pariter ex consensu actiones accipiunt, nec magis actiones mandatæ fiunt unius, quam alterius. Verum hoc distant, quod prior sua voluntate actiones mandatas suscipit, non ulla necessitate: posterior suscipere necesse habet. Iniquum esse visum est nocere procuratori id, quod necesse habuerit facere. Hujus ergo necessitas est excusata, ne quod nolit et ei noceat, cogatur suscipere. Ne-

que novum est subveniri hominibus in iis rebus, quas suscipere necesse habuerint, in quibus non subveniretur, si eas sponte non ulla necessitate cogente suscepissent, exempla in *L. si fidejussor*, §. 1. *L. de die*, §. *tutor*, *D qui sat. cog.*

**XIV.** Superiore distinctione constituta necessario quærendum est, quis dicatur procurator ex necessitate in rem suam factus: ex quo etiam quis non sit ex necessitate intelligetur. Et procurator ex necessitate fieri intelligitur partim judicio, partim extra judicium ex consensu. Judicio; si cui sententia judicis alienæ actiones adjudicatæ sunt, ut fit in judicio familiæ erciscundæ, cum commodioris exactionis caussa judex uni alicui ex heredibus credita pro solido attribuit, qualis adjudicatio commemoratur in *L.* 3. *D. fa. erc.* Necessaria hæc actionum susceptio est: cum rebus judicatis standum sit, ubi non sit caussa cur appelles. *L. cum prolatis*, *D. de re jud.* Extra judicium; cum quis necessitate rei familiaris cogente, actiones sibi mandatas accipit: quibus scilicet non acceptis futurum sit, ut aliquid de suo amittat, aut certe in periculum amittendæ rei suæ veniat. Talis est tutor, cui a pupillo tutelæ actio cessa est adversus cæteros contutores eo quod tutor coactus solidum pupillo solvisset, cum cæteri non essent solvendo. *L.* 2. *C. de divis. tut.* *L. cum interdictæ*, *C. arb. tut.* Talis fidejussor cessis sibi a creditore actionibus adversus cæteros fidejussores ob eandem caussam, quod scilicet in solidum conventus, quia cæteri solvendo non essent, solidum solvisset. *L. cum alter*, *C. de fid.* In eodem numero habetur Cajo emptor hereditatis, cui a venditore eodemque herede mandatæ sunt hereditariæ actiones, quas tanquam procurator in rem suam factus exerceret. De hoc quidem ille ita scribit, in *L. si quis in rem*. 34. *D. de proc.* ut neget eum oportere invicem dominum eumdemque heredem defendere, si modo bona fide et non in fraudem eorum debitorum qui invicem cum venditore agere vellent gestum sit negotium. Non dubium, quin responsum sit ex superiore sententia, qua placet (12) procuratorem in rem suam ex necessitate factum non cogi dominum defendere: quasi et in hoc numero sit emptor hereditatis. Unde et id responsum superiori sententiæ quæ exstabat in *extremo leg præced.* recte subjicitur. Et merito hic emptor in eo numero habetur. Etsi enim ab initio hereditatem sua voluntate emit, non ulla necessitate rei familiaris cogente, cum potuerit sine detrimento rei suæ non emere: tamen postquam emit, transit illi res in necessitatem actionum exercendarum, nisi velit earum commodum, et una cum hoc etiam pretium hereditatis sibi perire. Hanc necessitatem, quæ postea secuta est, spectamus in hereditariis actionibus potius, quam initium emptionis: quia hereditas ab

(12) Recte Quomodo non necesse est in *d. L* 34. pro *procuratorio* substituere *proprio*, ut A. Fab. *ib. et* 12. *Conject.* 10. quasi eo ipso, quod nominatim loquatur Cajus de emptore hereditatis, arguatur eum tractare de illo, qui proprio nomine agere possit, et agat. Quæ, quam consequentiam habeant, non percipio. Neque enim imo de hoc specialiter loquitur; sed generaliter de Procuratore in rem suam: tantum exemplum, quo regulam non restringi notum est, ponit in emptore hereditatis, per voculam, *veluti*. Et quia, ait Faber, verbis edicti tenetur, si alieno nomine agat, neque tunc de fraude quærendum, sed quando stricta ratio emptori favet ne teneatur defendere. Resp. etsi verbis edicti hic teneatur, interpretatione tamen prudentium, ex sententia excipitur. Et hic itaque inquirendum de fraude, non an in fraudem cessio actionum facta, quæ emptionem subsecuta: ( neque enim ipsa venditione actiones transferuntur, sed ad præstandas eas ex empto agitur *L.* 2. § 8. *de her. vend.* ) sed an ita ipsa emptio celebrata. Ac sane fatetur Faber, ex necessitate factum dici, si necesse habuerit, mandatas actiones exercere, quod utiles non potuerit; item si aliter, suum consequi non potuit, quam accipiendo in solutum mandatas actiones. Atque hic æque, initium voluntarium videtur. Quanvis enim necessitas coegit, ita in solutum accipere, nisi debito suo excidere velit, si cadenti alia bona non sint, unde ipsi solvi possit: nulla tamen necessitas coegit ab initio contractum eum inire, unde is, qui postea cessit debitor effectus. Non absimili modo in *d. L.* 34. libera quidem voluntate, hereditatem emit; est postquam emit necessaria ipsi actionum hereditariarum cessio et exercitio, ne alias periculum amittendæ rei suæ incurrat. Et ita hic, pariter, ut ille, qui forte vendidit, vel mutuo dedit, non quidem emptor hereditatis est, Procurator in rem suam ex necessitate factus est. Plane hoc recte Faber contra Castrensem, eum qui lucrativam caussam habuit, ut, cui donata centum, etsi illa centum aliter consequi non potuerit, quam cesso nomine alicujus totidem donatori debentis, ex necessitate factum non recte dici, proinde cogi, si agat, donatorem defendere. Non, quo movetur Faber, quod initio inspecto, liberalitatem in eum conferri, collatamque agnosci nihil necesse. Eadem enim ratio adaptari posset caussæ onerosæ. Sed quia non æque subveniendum adventitio lucro, uti repetitioni *L.* 41. *de R. I.*

initio empta est, non actiones hereditariæ. Hæ quidem secutæ sunt per consequentiam, quia sunt ex ereditate. Sed prima caussa et finis emtiunis fuit, ut emeretur hereditas; quæ sine ullis actionibus esse potuit. Nos quod principaliter geritur, spertamus, non quod per consequentiam aliud agentibus arcidit. *L. 2. D. de auct. tut.* Sed hæc ita sunt, inquit Cajus, *si hic negotium gestum sit bona fide et non in fraudem eorum qui invicem agere vellent.* Quod sic interpretandum est, dummodo emptiu vere contra ta sit, non simulate, dum hoc (13) agitur, ut heres qui se vendere dicit, dominus maneat ut ante; et tamen per eum qui emptor dicitur, sic experiatur, ut ab iis quibuscum agitur, non possit conveniri neque ipse qui non agit, neque procurator, qui fingitur suo nomine agere quasi emptor hereditatis. Qui sic emit hereditatem, merito jubetur dominum invicem defendere: quia re vera non emit. Contraetus enim imaginarii contractus non sunt, nec juris vineulum obtinent, eum fides facti simulatur non intercedente veritate, *L. contractus, D. de obl. et act.*

XV. Quæ si vera sunt, jam e converso intelligitur non esse eum ex necessitate procuraturem in rem suam factum, qui nec jussu judicis mandatam actionem accepit, nec extra judicium ita ut, ea nun accepta, quidquam de suo eogeretur amittere, aut eo nomine periclitaretur, quo dici posset necessitate aliqua rei familiaris tuendæ acrepisse: ejusmodi est, si eui actio legata sit, et ei ex eaussa legati cessa. In qua specie ideo respondit Scævola legatario non aliter (14) mandatam actionem dari, quam si defendat heredes, a quibus ei actiones mandatæ sunt. *L. pater, D. de proc.* Quo exemplo idem dicemus de iis, quibus actiones ex canssa donationis, emptionis, pronuntiationis cessæ fuerunt. Sed meminerimus superiori isti distinetioni locum esse in eo procurature in rem suam dato, qui directis actionibus sibi mandatis experiatur: ex persona scilicet ejus, qui eas mandavit, eoque et procuratorio nomine. Qua ratione incipit hic procurator verbis edicti contineri. Cæterum procurator in rem suam factus, eui actio empta, donata, legatave est, præter directas actiones habet et ipse utiles, easque et ex persona sua et suo nomine. *L. emptor, L. ex nominis, C. de her. vel act. vend. L. ex legato, C. de legat. L. procuratore in rem suam dato, D. de proc.* His si (15) utitur, eui actiones mandatæ sunt, cum sibi competeutes actiones dari postulet, et vere postulet jam ab initio suo nomine: perspicuum est eum ad edictum non pertinere. Proinde neque his utentem quemquam alium defendere debere.

XVI. Summa jam sit hæc: Si quis alieno nomine agit, omnem ex edicto in ea caussa esse, ut eum cujus nomine agit invicem defendere debeat, desiderante reo cum eo experiri. Ipsos adeo in hac caussa esse procuratores in rem suam datos mandatis actionibus ntentes, extra quam si ex necessitate facti sint. Hoc differre in hac defensione tutores et curatores a cæteris, puta procuratore, aetore syndico civitatis, quod cæteri ut defendere dominum debent, ita etiam satisdant eo nomine judicatum solvi. *L. sed et hæ, §. defendere, de proc.* Tutores et curatores pupillorum ant adolescentium suorum numine agentes sic eos invicem defendere eugnntur, ut non onerentur ulla necessitate satisdationis. Cautum in *L. ult. §. defensionem, C. de adm. tu.*

XVII. Postquam qui alieno nomine agit jubetur dominum invicem defendere, videamus, quæ sit hæc necessitas istius defensionis. Quid enim, si defensionem suscipere nulit? Et non alia necessitas hic ei imponitur, quam ut si se ad agen-

(13) Potest et in fraudem geri, si vere quidem vendidit, sed consilio eludendi creditores hereditarios, conscio emptore, ut si postea peregre abeat, Gifan. *ad d. L. 34. in fin.* quia tunc alias, nec emptor conveniri posset *L. 2. C. de her. vend.* nec venditor absens. Item si post eam venditionem, non solvendo reddatur *tit. Quæ in fraud. cred.* A. Fab. *ibid.* Sed verius est, hoc casu potius rescindi venditionem actione Pauliana, tametsi fortassis creditores, iidemque alia ratione debitores, si rescissionem non postulent, sed conventi ab emptore, actiones mutuas cum excipere velint, audiendi sint.

(14) Ubi, nomine alieno agit fideicommissarius Negatur quippe, ei aliter dari non actio simpliciter, sed mandata actio, id est directa. Utilis, etsi ex caussa mandati habetur, non tamen ipsa mandata est. Pugnantia enim hæc mandatam actionem esse et suo nomine exerceri. Non vero placet, quod A. Fab. *in d. L. 70* et 12. *Conject.* 10. inde probat, ibi non actum fuisse utili actione quia nec potuerit. Cum et si ex legato nominis utilis actio data *L. 18. C. de leg.* non tamen ad fideicommissa jure civili incognita, rescriptum D. Pii, de quo *L. 16. de pact.* protractum fuisse.

(15) Et tunc non cogi defendere, nec si lucrativam caussam habeat, omnes fatentur, excepto Castrensi, ait A. Fab. 12. *Conject.* 10. *pag.* 112. Verba enim hic edicti deficiunt. Et facit *L. 70. h. t. ut N. præc.*

dum admitti velit, dominum defendat: si non defendit, pœna sit hæc, ut quemadmodum non præstat quod ab eo desideratur, sic nec præstetur ei quod postulat. Et in summa, non defendentis procuratoris pœna est hæc, (16) ut denegetur ei actio. *L. mutus*, §. *pœna*, *D. de proc.* Quod et edicto perpetuo expressum fuisse traditur in *L. actionem*, *C. eod.* Quid tamen, si is qui alieno nomine acturus erat, desiderante reo mutuo cum domino experiri, ultro ab initio satisdederit se dominum defensurum, et judicatum soluturum: deinde post agat, neque velit judicium nomine domini suscipere? An cogendus est suscipere, an vero sufficiet ob rem non defensam stipulationem committi, agique ex ea solum in id quod stipulantis interest? Movet, quod omnium faciendi obligationum hæc conditio est, ut si factum non sit quod promissum est, non alia hic sit actio aut condemnatio, quam in id ipsum quod interest, *L. stipulationes non dividuntur*, vers. *Celsus*, *D. de ver. obl. L. si quis ab alio*. in pr. et fin. *D. de re jud.* Et scriptum est in *L. sed et hæ*, §. *defendere*. *de proc.* nihil facere stipulationem de domino defendendo a procuratore actoris interpositam, quominus si agit, et ipse compellatur judicium accipere, denegata ei non defendenti actione. Et recte: generaliter enim sic pœna edicti concepta est, ut ei qui dominum non defendit, actionem denegari oporteat: neque distinguitur, utrum non satisdederit prius, an vero satisdederit. *d. L. actionem*, *C. de proc. d. L. mutus*, §. *pœna. D. eod.* Quid, quod qui promisit se dominum defensurum, neque id præstat, in majore culpa est, eoque dignior, qui edicti pœnam subeat? Nihil ad rem pertinet superior condictio stipulationem faciendi. Sane enim si quis ea stipulatione uti velit ad cogendum procuratorem ad defendendum, non aliud consequi possit, quam non defendente procuratore id quod sua interest. Sed adversus hunc alia pœna constituta est cujus metu cogatur dominum defendere: nempe hæc, ut non defendenti denegetur actio. Hæc (17) pœna manet adversus eum; et quidem maxime, etiam post interpositam ab eo stipulationem.

XVIII. Atqui in *L. non cogendum*, §. 1. *D. de procur.* refertur Sabini sententia, quam et Paulus probat, statuentis cum quis satisdedit judicatum solvi, nullas esse prætoris partes ad compellendum eum defendere, sed ex stipulatu ob rem non defensam agi posse. Sed hoc de eo promissore scriptum est, (18) qui non cogitur defendere

(16) *L. 7. de op. no. nunc.* Ratio dubitandi: Pœna debet sequi actorem. Hæc vero cedit damno domini absentis, maxime si dies actionis temporalis interea exeat. Ratio decidendi. Pœna non latius pateat delicto. Et in eo ipso puniendus quis, in quo deliquit, non in aliis *L. 11. de his quæ ne indig. L. 59. ad L. Falc.* Ergo et hic catenus ut non sit Procurator. Ad rationem dubitandi resp. 1.° indemnis dominus, actione mandati contra Procuratorem. 2.° Sibi imputet, cur talem elegerit *L. 23. in fin. de minor* belle A. Fab. *ad L. 43. §. 4. h. t.*

(17) Recte. Sed et præterea puto hoc casu aliis quoque remediis prætoriis compelli posse, nempe pignorum captione et mulctæ dictione, Gifan. *ad d. §. 3. vers. præter. n.* 22. Nam si recusat judicium accipere, injuriam quoque facit prætori, cujus auctoritatem contemnit. Etsi itaque per stipulationem commissam, satisfieret adversario, non tamen prætori, A. Fab. *in d. §. 5. vers. compellendum.* Ac certe *in d. vers.* verba: nisi agere *caussa cognita* recusaverit, omnino probant, quod nec si desistere velit ab actione, audiendus sit, nisi ex caussa jure probata, quæ *in L. 9. et seq. h. t.* Et ita Wurmser. *T. 5. Obs.* 6. cautione hac præstita, a Procuratore præcise cogi defendere.

(18) Ita et Gifan. *ad L. 43. §. ult*, junct. *d. L. 45. pr. h. t. n.* 18. Et convenit Cujac 22. *Obs.* 13. Alia ratio est Procuratoris ad defendendum dati a reo, pro quo is judicatum solvi satisdedit. Nam hic compellitur *L. 8. §. 3. L. 15. h. t.* omnimode. Cujac. *d. loc.* scilicet remediis prætoriis, pignoribus captis et pœnarum comminatione. Quia in hoc neque locus est denegationi actionis, cum actionem non habeat, neque præstationi ejus, quod interest ex commissa stipulatione, quia non ipse satisdedit, sed dominus pro eo. Quare necesse est, eum alio modo compelli, ne impune actor eludatur, et reus qui constituit eum, decipiatur, A Fab. *ad d. §. 3.* Pac. 2. *Enant. Q.* 31. Bron 1. *Ass.* 53. Male vero Petr. Grangia. *Paradox. C.* 9. ita conciliat, quod. *in d. L. 45. pr.* sola sit stipulatio, pro re defendenda, quam satis sit committi ipsa detrectatione judicii, ut ad id quod interest teneatur. In *d. L. 35. §* 3. autem cautio, judicatum solvi, ideoque compelli, ut judicium subeat, ne decipiatur qui satis accepit, quia alias, sententia sequi, ut stipulatio committi non posset. Quomodo enim judicatum solvetur, ubi nec judicatum est, nec judicari potuit. Speciosa hæc imperitia, sed inania. Nam et *in d. L. 45. pr.* non minus de judicatum solvi cautione agitur, ut liquet ex connexione cum §. *ult. præc. L. 43.* Et imo judicatum solvi cautio committitur, etsi nec judicatum fuerit, videlicet non ex priori, sed secunda clausula, ut *C. seq.* Nec peculiaris est stipulatio prætoria de re defendenda, sed clausula tantum, et membrum illius quod tacite inest.

absentem; tamen judicatum solvi satisdedit defendendi absentis gratia. De eo enim totidem verbis posita erat quæstio a Paulo in *L. mutus.* §. *ult.* de qua deinceps respondetur ab eo contineuter *ibidem*, et in *d. L. non cogendum*. Qui absentem defendere non cogitur, is est defensor rei, qui primum ad reum defendendum accedit. Nemo enim invitus alienam defensionem suscipere cogitur. *L. invitus*, *C. de proc.* De hoc defensore vere dicitur, si satisdederit defendendi absentis gratia, nullas esse prætoris partes ad eum compellendum defendere. Non enim potest prætor denegare actionem ei, qui alieno nomine actionem non postulat. Sola adversus eum superest stipulatio. At hæc ex jure certo non committitur ad præstationem facti, sed in id quod stipulantis interest factum fuisse id de quo cautum erat. Alia caussa est ejus qui alieno nomine agit. Is ex edicto cogitur dominum defendere. Et cogendi ratio est in potestate prætoris. Placet enim non defendenti denegari actionem. Hanc autem denegare est prætoris, cujus est et dare. *L. sed etsi*, §. *ait*. *D. ex quib. causs. major.*

XIX. Sed sciendum est omnem hanc defensionem exigi a procuratore actoris in exordio litis, lite nondum contestata: dum scilicet reus, cum quo alieno nomine agitur, ita procuratorem agentem admittit, ut dicat paratum se esse excipere ejus actiones, sed et sibi esse cum domino ejus actiones mutuas illas aut illas, quibus item contra velit cum illo experiri, petere se ut illum defendat, et sibi prius eo nomine satisdet. Hic, inquam, illa defensionis et satisdationis necessitas imponitur, quam huc usque diximus. Quod si reus passus sit litem secum contestari a procuratore actoris, omissa mutuæ defensionis postulatione, frustra postea defensionem a procuratore desiderabit: quæ si postulabitur, non eo magis cogetur procurator dominum defendere, et nihilominus cœptum cum eo judicium consistet. *L. unica*, *C. de satisd.* Et est sane hæc postulatio defensionis, exceptio quædam procuratoria, comparata ad removendum procuratorem agentem, nisi dominum defendat. Generaliter placuit; omnes exceptiones dilatorias, qualis est procuratoria, initio litis opponi debere. In lite contestanda omissas postea repeti non posse. *L. penultim. L. ultim. C. de exceptionib.* Atque hæc de priore genere præstationis dicta sunt, quam exigi proposuimus ab eo, qui alieno nomine agit. In quo genere est domini defensio.

XX. Alterum est genus prnis, quod æstatio ab eodem edictum exigit, ratihabitionis satisdatio. In quo quid exigatur, cognitis de hac parte verbis edicti intelligetur. Verba edicti hæc sunt: *cujus nomine quis actionem sibi dari postulabit, is ei quo nomine agit, id ratum habiturum eum ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu satisdet.* Quibus verbis quinque hæc comprehensa licebit observare; satisdationem primum; tum in hac satisdatione quis, cui, quid cavere debeat, et quando.

XXI. Ait prætor, *satisdet.* Jam dixi satisdare esse, cavere quid alicui adhibitis fidejussoribus, qui idem adpromittant. *L.* 1. *D. qui sat. cog.* Est autem cavere, stipulanti quid promittere. Unde cautio usitate pro stipulatione. *L. sancimus*, *C. de verb. sign.* Sic fit, ut non omnis cautio et repromissio sit satisdatio, quia non omnis cautio fidejussores adjunctos habet, rem propriam solius satisdationis: at omnis satisdatio sit cautio, et satisdare sit cavere, ut semper genus recte dicitur de sua specie. Ex quo est, quod toties legimus exigi ab eo qui alieno nomine agit, ut caveat de rato, exigi a procuratore actoris cautionem ratihabitionis. *L. non solum*, §. 1. *L. Pomponius*, §. *sed et is*, *D. de proc. L.* 1. *C. eod. L.* 2. §. *ult. L. si eum dotem*, §. *si patri*, §. *si soluto*, *D. sol. mat.* In quibus tamen omnibus non nudam cautionem sed satisdationem de rato accipere debemus ex edicto. Qua de caussa et hæc ipsa cautio alibi dicitur et cautio, et simul ratihabitionis satisdatio. *d. L. Pomponius*, § *ult. de proc.* Neque ideo quæ satisdatio dici debuit, non recte dicitur cautio, cum ut dixi omnis satisdatio sit cautio. Sed nec quia cautionis verbum simpliciter hic positum est, ideo de nuda cautione interpretari debemus ex præscripto *L. sancimus*, *C. de verb. sig.* quia id ita faciendum est, nisi jus certum constitutum sit, quo res explicetur, declareturque in ea specie cautionis de qua agitur, satisdationem exigi: ut fit, quoties exigitur a procuratore, ut caveat rem ratam haberi, quo in genere certum edictum est, quod hic satisdationem injungit. Ait *satisdet is qui alterius nomine actionem postulabit.* His verbis qui continenantur, supra expositum est. Sed boni viri arbitratus qui subjicitur, ex his quosdam excipit: de quo postea suo ordine. Ait, *satisdet ei quo nomine agit.* Id est reo. Nam cui alii caveri potest aut debet dominum rem ratam habiturum, quam ei cum quo agitur; cujus solius caussa apparata est hæc cautio, ne dominus de eadem re ite-

rum cum eo agat? *Inst. de satisd.* in pr. Neque parum apte significatur reus hac oratione, *is quo nomine agitur.* Non enim significatur is cujus nomine agitur: alioqui dominum intelligeremus, cui certe procurator ejus nihil cavet, minime autem eum ratum habiturum: cum neque dominus a quoquam postulet, ut ipse quid ratum habeat: et frustra ab alio exspectaret, quod ipse sibi possit præstare. Sed significatur is propter quem agitur: quasi dicas, is propter quam caussam agitur, seu qui in caussa est, cur agatur. Is autem est reus. Ideo enim agitur, quia is actori se adversarium in judicio præbet, sine quo nulla nunc institueretur actio, et nullum nunc judicium foret. Ait, *satisdet eum, ad quem ea res pertinet, ratum habiturum id*, repete quod præcesserat, *quo nomine agit.* Is ad quem ea res pertinet, est dominus litis, cujus nomine nunc agitur. Ac de eo dumtaxat hic cavendum, neque continentur his verbis cæteri creditores, ut declaratur in *L. non solum,* §. *quæritur.* Cæteros creditores accipere debemus non domini, sed ejus cum quo nunc agitur: qui cum eo qui nunc agit collati recte dicuntur cæteri creditores: quoniam et ipse qui nunc agit, ejusdem debitoris creditor est. De cæteris autem creditoribus ideo superius a veteribus adjectum est, quia poterat et de his dubitari. Vere enim et ad cæteros creditores pertinet, quid cum debitore agatur: qui si uni præstando desinat esse solvendo cæteris, aperte cæterorum detrimentum est. Sed non ideo cæteri creditores continentur superioribus verbis. Sane enim ad cæteros creditores dici potest pertinere debitoris res: at non ea res, de qua agitur. Hæc enim pertinet ad solum dominum, qui de ea agit per procuratorem, non (19) ad creditores alios debitoris, quibus qui nunc agit, nihil debet. Nunc autem hanc ipsam rem edictum notat. Non enim dicit prætor eum ad quem res debitoris pertinet; sed eum ad quem ea res pertinet; indicans eam de qua prius locutus erat: eum autem dixerat, quo nomine agitur. Itaque, ut uno verbo dicamus, jubetur is qui alieno nomine agit, cavere dominum litis rem de qua agitur ratam habiturum. Ratum habere est comprobare et agnoscere quod actum est a falso procuratore. *L. quo enim,* §. 1. *D. rem rat. hab.* Cautio huc spectans, ut cum dominus ratum habuerit, amplius ei de eadem re agere non liceat; atque ita fiat ut judicium cum reo interpositum per procuratorem tam ratum sit, quam si dominus ipse per se expertus fuisset. Qui finis et ratio est hujus satisdationis exigendæ. *Inst. de satis.* in pr. Cavebat autem procurator dominum ratum habiturum id, repete, ut dixi, *quo nomine agit:* id est eam rem, propter quam, seu de qua agit: ut appareat illa verba, *quo nomine agit*, commodissime brevitatis caussa posita esse, ut tam referrentur ad reum propter quem agitur, quam ad rem de qua agitur, quam a domino ratam haberi oporteret.

XXII. Ait, *satisdet boni viri arbitratu.* Hæc verba, *boni viri arbitratu*, prout sunt adjuncta, ita significationem variant. Ut in superiore clausula edicti prius adjecta defensioni, nunc adjecta satisdationi ratihabitionis aliam atque aliam sententiam exprimunt. Adjecta defensioni referuntur ad tempus satisdandi. Estque utrobique hæc sententia: cujus nomine quis aget, is eum boni viri arbitratu defendat: idest defendat eo modo, quo vir bonus arbitrabitur defendi debere: ut dolus ab eo absit; ut judicatum solvat; ut istarum rerum nomine satisdet, ut ante ostendimus. Cum autem cavetur, ut idem dominum rem ratam habiturum boni arbitratu satisdet; hoc caveri intelligitur, satisdet non eo modo, quo vir bonus arbitrabitur; nam de modo satisdandi satis superioribus verbis edicti comprehensum est: sed satisdet tunc, cum vir bonus arbitrabitur pro commodo rei ita satisdandum esse: neque enim semper hæc satisdatio a procuratore actoris exigitur. Quando igitur procurator actoris pro boni viri arbitratu satisdare debet dominum ratum habiturum? Tunc cum hæc cautio necessaria est reo. Quod si non est necessaria, iniquum est, eoque et boni viri arbitrio contrarium procuratorem superflua cautione onerari. *L. hæc stipulatio,* §. 1. *D. ut leg. seu fid. nom. cau.* Et iniquum ideo, quod malitiose quis sibi præstari postulet, quod eo spectet, non ut petenti prosit, sed solum ut officiat adversario. Eleganter Celsus malitiis id genus negabat esse indulgendum. *L. in fundo, D. de rei vindic.* Et hoc citra controversiam boni viri arbitrio convenit.

(19) Interest vero eorum, non principaliter, sed per consequentias, quæ non valde curantur *L.* 1. *de auct. tut.* Ant. Fab. *ad d.* §. 2. Et si per hoc desinet solvendo reus, imputent sibi reliqui creditores, quod non ipsi prius egerint, quia jus vigilantibus scriptum, Gifan. *ibid. n.* 20.

XXIII. Proximum est igitur, ut quæratur, quando videatur hæc cautio reo necessaria. Et non minus hoc constat tunc esse necessariam, cum periculum est, ne re cum procuratore acta, sive reus sententia judicis absolutus erit, sive condemnatus procuratori solverit, dominus quod actum est, ratum non habeat, eoque et de eadem re iterum constituat. Ita fit, ut sit hoc quoque hujus cautionis pro boni viri arbitratu exigendæ tempus, cum reus (20) id periculum metuit. Quod et verum est eamque unam ejus cautionis introducendæ rationem Justinianus posuit *Inst. de satisd.* in pr. Quocirca res huc redit, ut quærendum sit, quando periculum sit, ne dominus suo jure iterum agat: quo solo tempore huic cautioni locus futurus est. Id vero si in universum dicendum est, tribus modis accidit. Primum si fateatur procurator sibi mandatum nihil esse. Secundo si dicat sibi mandatum esse, sed non probet. Tertio, si probet sed ejus probationis fides non sit in potestate rei, ut eam exponere possit, cum secum iterum agetur. Sed primus modus ad hanc cautionem non pertinet. Cum enim constat ei qui alieno nomine agit, mandatum nihil esse, sic quidem is agens domino quandoque de ea re actore non nocet, ut nec ipse quoque ab initio invito adversario ad agendum admittatur, quantunvis satisdationem de rato offerat; exceptis quibusdam personis, et quibusdam caussis: de quo superiore capite dictum est. Nunc autem omnis quæstio est de eo, qui alieno nomine agens admittatur ex edicto, dum hoc saltem caveat dominum rem ratam habiturum. Ita relinquitur, ut ad eum solum pertineat hæc cautio, qui dicat sibi mandatum negotium, sed an sit mandatum, incertum sit. Quod et definitum est nominatim in *L. 1. C. de proc.* in hæc verba: ***cautio ratihabitionis tunc exigitur a procuratore, quoties incertum est, an ei negotium mandatum sit.*** In quo quomodo id incertum accipiendum sit, magnæ sunt dissensiones.

XXIV. Nos statuemus id incertum fieri duobus illis modis posterioribus, quos supra attigi. Uno; si is qui alieno nomine agit, sibi mandatam actionem dicat, sed, desiderante probationem reo, non probet. In re enim non probata negatio sola ejus cum quo agitur, rem dubiam facit. *L. 3. C. quib. ad lib. procl. non lic.* Ergo hoc casu ratihabitionis cautio a procuratore sine dubio exigetur.

XXV. Sed prima hic quæstio est, an ut quisque sibi mandatam actionem affirmat, nec de mandato quidquam probat, oblata ratihabitionis satisdatione admittatur. Nam si non admittitur, ne hic quidem in ista incertitudine cautioni ratihabitionis locus erit, invito adversario. Negat admitti Bartolus, qui aliquam probationem mandati, si non plenam, at certe qualemqualem exigit, puta vel unius testis, vel ejus instrumenti de cujus fide dubitetur. Idemque communiter sentire alios scribit ad *L. non solum, §. 1. D. de proc.* Melius Accursius ibidem, qui eum admitti, et in hac controversia cautioni de rato locum esse existimat. Id quidem edicti verba efficiunt, quæ nihil amplius exigunt, quam ut quis alieno nomine actionem sibi dari postulet, voluntque dari, si satisdet dominum rem ratam habiturum, dum modo nulla alia res aperte agentem removeat, ut si aperte constet eum procuratorem non esse. In quo palam est, ab eo qui alieno nomine agit, non exigi mandati probationem. Sed et cum dicitur cautioni ratihabitionis locum esse, cum incertum est mandatum *d. L. 1. C. de proc.* an non hoc ipsum quoque exprimitur, ut recte Accursius accepit? Negari enim non potest intentione actoris et inficiatione rei rem de qua agitur, fieri dubiam, quod et testatum est. *d. L. 3. C. quib. ad lib. procl. non lic.* Quid est autem dubia, nisi incerta?

(20) Atque hinc, opinor, ratio petenda *ad L. 39. §. 4. hoc. tit.* cur pater, iniuriarum agens filii nomine, de rato non caveret. Quia videlicet hic nullum periculum, ne filius, judicio cum patre transacto, denuo agat. Cum etsi duæ sint actiones, una patris altera filii, nec filio tamen experiri ipsi licet, nisi pater absit nec Procurator ibi sit, qui ejus nomine agat *L. 18. §. 1. de judic.* vid. *supra Lib. 17. Cap. 4. N. 20.* Accedit quod etsi filii nomine agat, tamen per filium actio acquiritur patri, ut ita non minus agat, ceu principalis, Pac. 2. *Q.* 43. Ortolph. Foman. *Disput. Instit* 33. *Th.* 9. Nec placet quod A. Fab. *in d. §,* 4. verba: *filii nomine*, exponit, ob iniuriam filio illatam, proprio tamen jure et nomine, ut ratio adiecta conveniat. Nam et espositio hæc dura et sententiam indubiam reddit. Et verba illa *cum duæ etc.* non rationis, sed declarationis caussa addita, quomodo, nempe filii nomine agi possit. Plane si extraneus de iniuria filiofamilias illata agat, etsi patris nomine: necesse est caveat utrumque et patrem et filium ratum habiturum *L. 22. §. pen. Rat. rem hab.* ubi ratio: Si nempe de mandato patris non constat. Nam ubi id certum, nec de rato patris mandantis cavet, per ea *quæ h. Cap.* nec de filii, quia is ut contra factum patris veniat, non metuitur.

Neque adeo exigi hic probatio mandati potest, quin in totum ratihabitionis cautio removeatur. Nam si exigimus mandati probationem, exigimus plenam: quoniam non est probatio, nisi justa et plena probatio. *L. judices. C. de jud. L. ult. C. de rei vind. L.* 1. *C. de prob.* Ita fiet, ut nemo unquam procurator admittatur sine certo et explorato mandato. Unde eveniet hoc quoque, ut nec ab ullo procuratore exigatur hæc cautio, cui solum locus est in mandato incerto. *d. L.* 1. *C. de procur.*

XXVI. Sane si reus negans eum qui agit procuratorem esse, offerat se eodem die id probaturum, audiendus est, nec cogendus procuratorem admittere quantumvis offerentem cautionem de rato. *arg. L.* 3. in princ. *D. ut in poss. leg.* Sic autem facile et statim cognosci de mandato potest, si dominus sit in eadem civitate, aut non procul absit, atque is consulatur; qui si neget se quidquam mandasse, habet reus quod voluit. Quæ si vera sunt; recte sensit (21) Joannes apud Accursium, uti ejus sententia refertur ad *L. non solum*, §. 1. *D. de proc.* cum de mandato dubitatur, procuratoris esse electionem, utrum cautionem offerat reo, an mandatum probet: non etiam rei utrum ex his exigat. Et certe, quod ille recte vidit, procurator actoris in hac satisdatione præstanda reus est. Est autem juris certi cum illud præstandum est, si nihil aliud adjicitur, semper rei esse electionem. §. *hanc autem*, *Inst. de actio. L. plerunque*, in fin. *D. de jure dot.*

XXVII. Altero modo fit incertum mandatum, quæ incertitudo hanc cautionem exigat, cum probat quidem procurator man-

(21) Azo *in Summa C. h. t. n.* 23. Bronch. 1. *Misc. Asser.* 26. Chil. Konig. vel additionator ad eum *Process. P.* 1. *pag.* 153. cum, contra Placentinus optionem dederit, reo convento, an velit exigere probationem mandati, an cautionem rati. Bartolus vero distinguit reusne dicat, non habes mandatum, ubi probandum Procuratori, an ita: dubito an habeas, ubi electio ejus, qui se dicit Procuratorem. Quicquid vere hic noster, etsi non temere sentiat, potius accedo iis quorum opinionem usus forensis probat, quod audiendus sit hanc cautionem offerens, si proferat mandatum aliqua ex parte mutilum, aut imperfectum: non vero, si nullum plane exhibere possit, nisi pro conjuncta persona interveniat, Wesemb *in Par. h. t. n.* 6. *pag.* 184. testans ita plerosque sentire, Rosbach. *Process. Tit.* 45. *n.* 7. *et* 8. Nisi aliquam saltem, de voluntate domini, fidem faciat, forte per unum testem, Wurmser. *Tit.* 5. *Obs.* 28 *n.* 2. vel leviorem aliquam præsumptionem, quam ut ex ea citra cautionem admittendus sit. At certe vere dubium dici nequit, nisi utrinque caussa aliqua subsit, quæ dubitationem faciat. Cumque paria habeantur, non esse et non apparere *L.* 30. *de test. tut.* perinde erit, sive quis non habeat mandatum, sive de eo nihil plane doceat. Sane ita dubiæ caussæ dicuntur in *L.* 31. *de jurejur.* ubi aliquid, sed non perfecte probatum, de quo *infra Lib.* 24. Licet vero Donellus noster. Duarenus et alii, dubias ibi aliter interpretentur, hoc tamen modo sufficit, quod inter omnes convenit, dubias caussas ibi accipi non posse, ex simplici affirmatione unius, et inficiatione alterius. Frustra equidem toties inculcatum esset: nullam actionem alieno nomine, sine mandato esse; quod alii debetur, alium sine illius voluntate, non posse exigere *L.* 6. §. *ult. L.* 39. *de neg. gest. L.* 5. §. 4. *de præs. verb. L.* 9 §. 3. *de admin. tut.* et simil de suo non alieno jure agere oportere *L.* 5 *si ususfr. pet.* sic cuivis integrum, oblata modo cautione, negocium cuilibet facessere. Nec is aliter, litem ejus quo cum nihil antea ipsi negocii intercessit, declinare posset, quam si contrariam eorum voluntatem, pro quibus hi interveniunt, ostenderit Timæ Fab. 1. *Annot.* 22. Et speciale immo in conjunctis, ut ab iis mandatum non exigatur, præstita tamen ab illis, cautione rati. Qui quid ita præcipuum habebunt? Nisi hoc forte, quod admittendi illi, etsi nec mandatum allegant, vel etsi se nullam habere profiteantur. Bronch. 1. *Misc. Ass.* 26. Quod quidem non controverto. Ast eo ipso quod conjunctos mandatum probare non cogi, leges dicunt *L.* 12. *C. h. t.* probationem aliis injungunt; non sub conditione, nisi cavere malint: quia sub eadem adstricti sunt conjuncti probare: sed absolute. Et in conjunctis non exigitur, ut habeant voluntatem, vel mandatum, sed ne contraria probetur, quamvis de rato cautionem offerant verba *L.* 40. §. *ult. h. t.* Ergo per argum. ab exceptione ad regulam, in iis qui non conjuncti, etsi offerant cautionem, exigitur (non ne contraria voluntas probetur, ut Donellus vult) sed ut habeant voluntatem. Nec ulla firma ratio, cur cum voluntarius Procurator, seu negociorum gestor, Cujac. 7. *Obs.* 26. ad agendum, nec oblata cautione rati, admittatur *L.* 6. §. *ult.* junct *L.* 8. *pr. de neg. gest.* admitti debeat Procurator falsus, ex nuda assertione, quod voluntatem domini habeat, etsi de eo fidem non faciat. Sic enim in mera hujus voluntate, mentiendique licentia positum erit, reum ad suscipiendam litem compellere. Cui etsi dicas cautione satis prospici; interest tamen ejus molestias litis evitari. Denique utilitatis publicæ pariter et litigantium caussa, inventa videtur cautio, ne nimiis altercationibus de mandato, satisne validum, aut probatum sit lis extrahatur. Ubi igitur nihil plane habet qui alieno nomine agit, quo voluntatem domini ostendat, nihil nudæ dictioni fidei habendum, protinusque a limine judicii repellendus.

datum, idque consuetis probationibus, puta testibus, aut instrumentis privatis, sed eas probationes reus in sua potestate non habet, ut eas expedire possit adversus dominum.si is quandoque de eadem re agere cœperit. Id, inquam ubi fit, illic (22) intelligere debemus etiam a procuratore cautionem de rato esse exigendam. Nec dubitabimus ita esse, si statuerimus hanc cautionem pro commodo rei esse introductam, ut toties boni viri arbitratu interponi debeat, quoties periculum est, ne dominus iterum de eodem ut impune agat. *Inst. de satis.* in pr. Quod etiam tunc accidit, cum mandato interveniente, deest tamen reo ejus mandati probatio. qua tutus dominum agentem removeat. Ita eveniet, ut quanvis procurator actoris mandatam sibi actionem probare velit testibus. nihilominus tamen de rato cavere debeat. Non enim multum hæc probatio reum juvare potest, si quando is cœperit postea a domino conveniri. Nam quod ad prius eorum testium testimonium attinet. id ejusmodi est, ut cum interpositum sit inter procuratorem et reum, domino absenti cum quo nihil actum est, non noceat. *tit. C. res int. al. act.* Sed etsi posset nocere, tamen testes a domino justis de caussis rejici possunt. Quod si vivant et idonei sint, tamen possunt negare se meminisse, et aliud dicere. Ita cum hic quoque certitudine mandati probandi reo adempta idem periculum illi immineat, ne secum de eadem re a domino agatur, necesse est in hoc periculo idem illi relinqui remedium satisdationis. Et ne in hac sententia hæreamus, liquido probatur in *L. si procuratorem*, *D. de proc.* ubi ut procurator relevetur a domino hac satisdatione, Modestinus nominatim ad probationem mandati exigit literas domini. quibus ille significet quem adversus reum procuratorem et in qua caussa fecerat, et eas quidem ad adversarium directas, ut in potestate ejus esse incipiant ad sequentis temporis probationem. Quibus verbis aperte probationem testium removet, cum de procuratore satisdatione relevando ob pro-

(22) Consentit Castr. *in L.* 1. *C. h. t. n.* 7. et plures quos refert Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 16. *n.* 6 ubi contrariam opinionem receptiorem, usuque judiciorum probatam post plures, quos citat, sequitur, et Sich. *in d. L.* 1. *C. h. t. in fin.* Boer. *Decis.* 281. *n.* 1. Weseub. *in Par. h. t. n.* 7. Georg. a Rotschitz *Process. Part.* 6. *Sect.* 7. Gifan. *in L.* 1. *h. t. n.* 4. Zang. *de Except. P.* 2. *C.* 8. *n.* 14. requirens, ut in continenti, per eos probare possit. Trentacinq. 2 *Pract. Resol.* 11. scribens, per duos testes probari mandatum privati, secus esse in mandato principis. Ei pro his facit *L.* 1. §. 1. *h. t.* ubi per nuncium dicitur constitui, item per epistolam inter absentes, seu non coram: et ita directam, non ad adversarium, sed ad ipsum Procuratorem, Vasq. *d. loc. n* 8 dicens ostensa ea in judicio, apparere substantiam et probationem Procurationis. Enim vero, nudo consensu contrahitur mandatum, ideoque scripturæ solemnia non exigit, quæ ad nullius dispositionis probationem requiritur, extra casus jure expressos *L.* 15 *C. de fid. instr. et sim.* Vasq. *d. loc. n.* 7. Cumque coram testibus contractus hic perfici possit, per eosdem quoque probari, Wes. *d. n.* 7. Quocirca testes a Procuratore in judicio producti, facient fidem contra dominum absentem. Ac si pro eo pronunciaverit judex, etsi vere non erat Procurator, solum superest domino absenti remedium agendi de falso contra Procuratorem, sicuti si vigore falsi instrumenti, falsus Procurator verus judicatus fuerit, Chil. Konig. vel additionator ad eum *Process. P.* 1. *h. t. pag.* 152. Nec obstat *Tit. C. Res int. al. act.* Quia cum probatum est, quocunque legitimo modo perfecte Procuratorem esse, qui actionem sibi dari postulat, judicium non censetur inter alios actum, cum quod quis per alium facit, ipse videatur. Quin si usu probata est testium depositio ad perpetuam rei memoriam, nullo necdum judicio instituto, quæ deinde fidem contra quoscunque facit: quanto magis depositio idoneorum testium in actis judicii consignata. si dominus litem cum Procuratore transactam redintegrare nitatur, eidem obstabit. Quod si non in totum eum repelleret, saltem contrariæ probationi adstringeret. Cæterum hæc ita declarat Alex. *in L.* 1. *C. h. t.* ref. Vasq. *d. loc. n.* 9. ut tamen præstetur cautio rati, Quomodo tantum abest, ut noster dissentiat ut is potius cum cautione hac, etsi nec scripturam, nec testem ullum habeat, admittat Sed nec hic cautionem magis exigi puto, quam quibus casibus alias; si scilicet mandato, non inserta clausula ratificationis, vide *C. præced. n.* 28. Quare, et ubi per nuncium, hic absenti adversario significat se ratum habiturum etc. satisdatione Procurator relevabitur Quanvis enim. *L.* 65 *h. t.* literas ad hoc exigere videatur, non tamen refert, quid ex æquipollentibus fiat, cum *L.* 1. §. 1. per nuncium æque constitui probet. Et rationem unam, satisdatione relevandi Procuratorem præscribit ibi IC. modumque tutiorem. Nec vocula *debet* illic præcisam necessitatem arguit, aliosve modos omnes excludit. Nam quid si Procurator absens, adversarius vero præsens. Quis dubitet, præsenti ad acta judicii idem significari et de rato promitti, etc. posse, ut deinde cum Procuratore, qui iam ante de eo cum domino convenit reverso judicium procedat *L.* 1. § *ult. h. t.* Quomodo æque relevabitur satisdatione, nec tamen hic casus *d. L.* 5. expressus.

batum mandatum agitur. Neque aliter judicandum esse ostendit de instrumentis privatis mandatum domini testantibus, sed quæ non sint in potestate rei, ut his quandoque uti possit adversus dominum iterum agentem. Quorsum enim exigit, ut literæ domini de mandato ejus testificantes dirigantur ad adversarium, nisi ut eas reus in sua potestate habeat, quo his uti possit ad fidem adversus dominum ipsum faciendam, cum res postulabit? At enim testes et instrumenta justæ rationes sunt ad res quasque probandas, eoque et ad mandatum probandum, et in litibus exercendis hæc eandem vim obtinent. *L. ult. C. de prob. L. 1. C. de test. L. in exercendis. C. de fid. inst.* Sed sunt hæ justæ probationes procuratori, qui his utitur: non sunt probationes reo ad mandatum adversus dominum probandum: quoniam reus cujus non sunt in potestate, his uti quandoque non potest. Nunc autem hic consultum volumus reo, non procuratori. Et quod significatur in *L. 1. C. de proc.* certum mandatum domini cautionem ratihabitionis excludere, certum accipiemus, non quod procuratori, sed quod (23) certum sit reo, ne iterum, ut dixi, eum eo de eadem re agatur.

XXVIII. Quando ergo certum mandatum ita efficietur reo, ut non sit periculum, ne quandoque iterum cum eo agatur, ut sic certo statuamus, ubi non sit illi necessaria satisdatio ratihabitionis, eoque nec a procuratore actoris exigenda; unde rursum in cæteris caussis illam et reo necessariam, et a procuratore interponendam eadem opera certius cognoscamus? Nempe tunc, cum de mandato domini ita constabit, ut ejus fidem facere possit reus, cum velit; seu cum ejus mandati probatio erit in rei potestate. Et quidem de jure dubitari non debet, quin si de mandato domini ita constet, nullum periculum sit, ne reus quandoque a domino de eadem re jure conveniatur. Idque sic mecum collige. Nam si reus eo judicio, quod cum vero procuratore interpositum fuit, damnatus erit, et pecuniam procuratori solverit, confestim ipso jure liberatus est: vero enim procuratori ad liberationem recte solvitur. *L. vero D. de sol.* ut jam liberatus non metuat ejusdem rei ullam actionem. Quod si reus eo judicio absolutus erit, statim nanciscitur rei judicatæ exceptionem. *§. item si. Inst. de except.* neque id tantum adversus procuratorem, cum quo judicium fuit, et adversus quem recta absolutus est; sed etiam adversus dominum ipsum, qui per procuratorem agendo perinde habendus est, quasi ipse egisset. Id enim evenit in omni mandato, ut et qui alieno mandatu quid fecit, et qui mandavit, ambo fecisse existimentur; cum nihil intersit, utrum quis per se faciat quid, an veru per alium. *L. 1. §. ait,* vers. *dejecisse, D. de vi, L. 5. §. gessisse, D. de adm. tut.* Restat ut hoc quærendum sit, quomodo de mandato ad actionem movendam ita constet, ut ejus probatio sit in potestate rei, quandocunque de eadem re iterum a domino convenietur.

XXIX. Et sciamus id fieri tantum instrumentis, quibus de mandato comprehensum est; neque his omnibus, sed aut actis judicii, quæ publica, et publicæ ac certæ fidei instrumenta sunt; aut instrumentis privatis quidem; sed quorum fides adversus dominum approbata sit, et quæ simul tradita sunt reo, ut incipiat probatio esse in rei potestate. Id ita poterit intelligi, si ostenderimus quibus modis fieri velint veteres, ut procurator actoris qui mandato domini vere utitur, exoneretur satisdatione ratihabitionis; et in his animadverterimus mandati probationem et certitudinem eam exigi, quæ ad hæc duo genera instrumentorum referantur, et referantur ob eas caussas quas dixi. Animadverto igitur quatuor modos in summa cognitos esse veteribus, quibus placeat procuratorem actoris exonerari satisdatione ratihabitionis: ex quibus tres priores mandatum actis judicii comprehensum habent: quartus et postremus eam speciem privati instrumenti, quam ante dixi. Primus modus est, si mandatum actis (intellige judicii) (24) insinuatum fuerit, ut verba sunt *§. sin autem, Inst. de satis.* figurate dictum, quasi dicas, si mandatum receptum sit in

(23) Cautio enim inventa est, ut si quid desit mandato, per eam impleatur, Sich. *ad L. 1. C. h. t. n. 4.* adde quod retuli *supra C. præc. N. 4.* Olim autem indistincte Procuratorem de rato cavisse, putat Vult. *ad tit. I. de satisd. n. 13.* et Rauchbar. *P. 2. Q. 2. n. 37. per pr. I. d. t.* vers. *Procur. vero,* et §. 1. Sed et hodie, non aliter satisdatione relevatur, quam si mandatum domini non modo certum sit et verum, sed et perfectam clausulam ratihabitionis contineat *L. 65. h. t.* ut pluribus contra Rauchb. adstruxi *supra C. præc. N. 28.* quæ huc transferri possunt. Confer. Cujac. 28. *QQ. Pap. ad L. 1. Rem. rat. hab.*

(24) Sic Simmach. *Lib. 1. Ep. 90.* quæ

suum actorem, quod valet, si mandatum receptum sit in suum actorem, quod valet, si mandatum relatum fuerit in acta. Quod fit, cum dominus litis apud acta professus se Lucium Titium in ea caussa procuratorem sibi constituisse, petit ut id in acta referatur: sic deinde jubente magistratu refertur. Secundus modus, si præsens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit, testans hunc se in ea caussa de qua agitur fecisse sibi procuratorem: quod et positum est in *d §. sin autem, Inst. de satisd.* Est autem ejusdem cum superiore. Nam et hæc professio domini cum in judicio edita sit, et ad instruendum judicium pertineat, non minus quam cætera ad judicium pertinentia in acta redigi solet. Tertius, si dominus eum qui agit, se fecisse procuratorem libello principi dato professus sit: traditum in *L. ne satisdatio, D. rem rat. hab.* Nec minus et hoc eamdem rationem habet cum prioribus. Hoc enim dicitur de libello cui princeps subscripsit. Post quam subscriptionem remittitur libellus ad eum magistratum aut judicem apud quem agendum est: ut sic deinde ex eo libello reus per judicem in jus vocetur, ut declaratur in *Novel. de jur. amor. præst.* circa medium. Quæ res indicat et hunc libellum fieri partem actorum. Cur ergo mandato domini actis judicii ad istos modos comprehenso non exigitur cautio ratihabitionis a procuratore? Non quia mandatum domini intervenit, et id his actis satis probatur: alioqui sufficiebat quævis alia probatio: sed quia his actis fit certa probatio mandati, et qua uti possit reus quoties velit. Nam acta judicii publica monumenta sunt, quorum ideo publicam et certam fidem esse placuit. *L. ult. C. de re jud. L. in donationibus, C. de don.* Sunt præterea et hæc in potestate rei, quoties illi visum est his uti. Utcunque enim desiderabit ea exhiberi ad investigandam veritatis fidem, et desideranti edi jubentur. *L. 2. C. de eden.* Postremus modus ad exonerandum satisdatione de rato procuratorem veteribus cognitus est is, quem positum esse dixi in privatis instrumentis mandati. Est autem is, si dominus scripto complectatur, quem procuratorem et qua in caussa fecerit, tum scripti fide approbata, detur opera, ut id scriptum (25) tradatur reo, quo is mandati probationem

nunc insinuare non decuit, et *Lib. 2. Ep.* 55 et *Epist.* 80. Et hoc tutissimum esse tradit Chil. Konig vel additionator ad eum *Process. P.* 1. *h. t. p.* 14. ut coram judice pro tribunali sedente, adversario præsente constituat. Quia contra tale mandatum nihil deinde opponi potest, ob colorem judicii. Expedite autem scribit, si judex mandata legitima pronunciet. Alias enim etsi sciverit Procuratorem falsum, et personam approbaverit, nisi tamen de mandato cognitum et pronunciatum sit, quandocunque opponi poterit, quod mandatum non habeat vel sufficiens. Adde ea quæ *C. præc. n.* 5. *et N.* 6.

(25) Quid ni vero idem obtineat, si instrumentum actis judicii insinuatum fuerit, etsi non a domino præsente, forte abeo, in longe remotis regionibus versanti confectum: sed a Procuratore; Etsi ad neminem directum fuerit, uti hodie solet indefinite concipi, sed Procuratori traditum. Qui quanvis judici et parti ignotus, si mandatum exhibeat, seque eum, qui in illo nominatus profiteatur, ex præsumptione illi creditur, Menoch. 2. *Præs.* 35. Plane litteras ad reum dirigi vult IC. *d. L.* 65. ad hoc ut satisdatione relevetur, per clausulam ratihabitionis. Nam quia ea hoc agitur, ut plene securus reddatur reus, de judicio a domino non instaurando, eo prætextu, quod Procuratorem non ex mandato gesserit, ut *supra Cap. præced. N.* 28. necesse est hac de re conventionem inter actorem, ac reum iniri. Per epistolam itaque sic convenitur *L.* 2. *pr. de pact.* Nam si litteræ ad alium directæ, vel indefinitæ, etsi dominus promittat se gesta quæcunque ratificaturum; hæc tamen promissio inefficax, vel quia nuda pollicitatio est, vel quia alii quam cujus interest facta, unde reo exceptio quæri non potest, non magis, quam ex stipulatione alteri facta actio. Ex mero itaque jure est, ut ad exonerandum cautione Procuratorem, dominus ipsi reo, sive coram, sive per litteras significet, se ratum habiturum quicquid gesserit Procurator. Quippe id si acceptet reus, conventio celebratur et pactum de non petendo amplius posteaquam Procurator judicio egerit, per ea quæ *C. sequent.* Hoc enim huic ratihabitioni domini consequens est. Idem erit si dare se Procuratori liberam potestatem agendi adversario significet, per not. *supra N.* 28. quia videlicet isti libera ratihabitio, huic vero amplius non petitio consequens. Pacta vero sæpe tacite siunt, et per consequentiam alterius, quod principaliter fit, inducuntur *l.* 2. *de pact. L.* 3. *de reb. cred.* Sufficit vero nuda conventio, nec uti si Procurator satisdet, stipulatio, quæ nec inter absentes, nec per litteras celebrari potest, exigitur, quia nec hoc casu ulla actio reo necessaria: sed exceptione illi abunde cautum, sive judicio cum Procuratore suscepto condemnatus fuerit, sive absolutus. Atque hæc, ita opinor, ex juris ratione. Ex usu vero judiciorum non ambigitur, æque tutum nunc præstari reum, de lite denuo non movenda, clausula ratihabitionis inserta, etsi mandatum ad neminem directum, ita: Ego etc. profiteor, vel Notum sit unicuivis etc. Cæterum et præsumptionibus probari mandatum, vult Wes. *Par. h. t. n.* 7. Ut si instrumenta litis, crediti, vel alterjus

deinceps in potestate habeat: quæ sententia est *d. L. si procuratorem*, *D. de procur.* Ergo his modis legimus cessare cautionem ratihabitionis, neque pluribus. In quibus cum videamus probationem mandati non statui quamlibet, sed nominatim ad certas species instrumentorum referri, puta eorum, quorum et fides certa sit, et potestas penes reum, cum reus his uti volet: vel huic potest constare, quæcunque alia mandati probatio erit, eam non exonerare procuratorem necessitate satisdationis, utcunque aliter doceat de mandato: non aliam ob caussam, quam quod omnis alia probatio non est in potestate rei, ut se quandoque ea adversus dominum tueri possit, et efficere ne iterum jure ab eo conveniatur. Quod periculum cum non amovetur reo, toties cautioni locus *Inst. de satis.* in pr.

XXX. Jam videamus quæ personæ ad hanc distinctionem pertineant. Edicto expressum est eumdem satisdare debere rem ratam dominum habiturum, qui et prius jussus erat dominum defendere, nempe is qui alterius nomine actionem sibi dari postulat. An ergo omnis qui alieno nomine agit ad superiorem distinctionem pertinet, ut secundum hanc aut cavere debeat de rato, aut omnino non debeat? Non erat necesse hoc nunc quærere, si idem in hac satisdatione ratihabitionis servaretur circa personas agentium, quod in defensione, quæ ab his exigitur: cum qui dominum defendere debeant, satis antea diximus. Nunc autem non idem hic servatur: de quo jam hic monendi locus est. Et hoc interest. Omnes qui alieno nomine agunt, defendere dominum debent, sive procuratores sint, sive non sint, etiam procurator in rem suam factus, et quidem quem talem esse constet, neque tamen hoc perpetuum: exceptus est is qui ex necessitate factus est. *L. servum*, in fin. *D. de proc.* Sed et ex his qui defendere dominum coguntur, quidam satisdant eo nomine judicatum solvi, alii non satisdant. Satisdant cæteri etiam qui vere procuratores sunt: non satisdant tutores et curatores, quos constat esse tales. *L. ult. §. defensionem*, *C. de adm. tut.* Huic distinctioni locus non est in cautione ratihabitionis: sed prout est incertitudo aut certitudo mandati, ita omnes aut pariter satisdant de rato, aut pariter non satisdant: idque efficit arbitratus boni viri, quo arbitratu jubetur procurator satisdare dominum rem ratam habiturum: cui eidem arbitratui convenit hoc idem statui, quia id ita fieri æquum est. Si mandatum incertum est, seu si dubitatur de persona agentis, sitne vere procurator, tutor, curator, syndicus, omnes in hac incertitudine pariter de rato cavere debent. Non injuria: non enim aliter

negocii principalis producat, ubi si probetur ea a domino tradita esse, nec cautione oneratur, maxime si accedat conjunctio personæ ut *L. ult. C. de pact. convent.* vid. Menoch. 2. *Præs.* 24. Alios de rato caveat, Sigism. Scaccia *Lib.* 1. *de judic. causs. civil. crim. et hæret. C.* 101. *n.* 35. nisi ad eorum productionem multas expensas fecerit, cum suum jactare non credendus sit. Et sic ex pluribus conjecturis præsumi mandatum, cum primis ubi alias expensæ Procuratoris essent frustraneæ, scribit Cæsar de Grassis *Decis. Rotæ* 18. add. Bertazol. *Cons. crim.* 259 *n.* 8. Ex sola vero temporis diuturnitate non præsumitur, ex communi Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 16. *n.* 11. Ant. Gabr. Rom. *Lib.* 2. *Comm. Conclus. Tit de Procurat. Concl.* 1. nisi alia concurrant, vid. Menoch. 2 *Præs.* 33. *n.* 14. *et seqq.* Boer. *Decis.* 281. *n.* 17 Cravetta *de Antiq. temp. Parte* 2. *n.* 58. *et seqq.* Adr. Gilman. *Lib* 1. *Decis. Cam.* 17. *n.* 137. *et seq.* Unde addit. ad Chil. Konig. *Process. P.* 1. *h. t. pag.* 141. etsi quis ante 20. annos litigaverit alieno nomine, si nunc comparere velit contra me, aliter necesse esse ut probet mandatum, quam quod tandiu se pro Procuratore gesserit. Sed num ex patientia principalis præsumitur, præsertim si præsens judicio videat caussam tractari, nec contradicat? Aff. P. Fab. 1. *Semestr.* 13. *pag.* 74 Trentac. 2. *Pract. Resol. h.* 1. *Res.* 11. Bover. *Singul.* 26. *n.* 3. Bertazol. *Cons. crim.* 259. *n.* 37. pluresque citati a Menoch. *d. Præs.* 33. *n.* 7. Zang. *de exc. P.* 2. *C.* 8. *n.* 15. *per l.* 18. *Mand.* Sed Vasq. 2. *Cont. usu freq.* 23. *n.* 3. *et seq.* inde mandatum non induci, ut gesta tanquam a vero procuratore, domino litis prosint et obsint, pluribus rationibus adstruit. Et Pinel. *in L.* 2. *C. de resc. vend. P.* 2. *C.* 1. *n.* 19 illud per *d. l.* 18. non probari ostendit, cum loquatur de tacente in sui commodum. Et ad scleotium ibi accessit factum aliquod accipientis mutuum; et Cravetta *de Antiq. tempor. P.* 1. *§. quarto limitatur n.* 57. *et seq.* id communiter improbari refert, admittens tamen in conjuncto, amico, ac socio. Sane si aliquod mandatum habeat, ejusque fines sciente domino excedat, ex patientia illud extendi, statuit Pinel. *d. loc. n.* 18. et Vasq. *d. C.* 23. *n.* 5. Mascard. *de Probat. Conclus.* 1153. *n.* 19. et *n.* 27. *Decis. Rota noviss.* 132 *n.* 7 *P.* 2. Confer *supra Lib.* 12. *C.* 27. *N.* 1. Quando quis præsumatur Procurator, quia a Principe sic vocatus, vid. Hartm. Hartmanni *Tit.* 7. *Obs* 4.

consultum esse potest reo; cui in hac omnino consultum esse oportet. De procuratore constat. *L. 1. C. de procur.* Sed non minus valet hoc idem in syndicis et actoribus universitatis. *L. item*, (26) *§. actor, D. quod cujus. univers. nomi.* Valet non minus in tutoribus et curatoribus: de quibus ita scriptum est in *L. vulgo, D.* de admin. tuto. *vulgo observari, ne tutor caveat ratam rem pupillum habiturum: sed si dubitetur, an tutor sit, vel an duret tutor*, (27) *vel an gestus ei commissus sit, æquum esse adversarium non decipi: idem et in curatore esse.* Quod ait Ulpianus; sed si superius dubitetur, æquum esse adversarium non decipi, hoc significat tutorem hoc casu de rato cavere debere, ne adversarius decipiatur. Id enim efficit adversativa oratio mutans in cautione rem ratam haberi, quod prius tutori dederat. Sed et hoc in persona actoris universitatis sic explicatur in *L. item, §. actor, D. quod cujus. univers. nom.* ubi cum actori universitatis idem tributum esset, quod tutori tribui dicimus, ne scilicet actor compellatur cavere de rato: subjicitur cadem exceptio, quæ supra in tutore, nisi si de decreto dubitetur; sed in hæc verba, ut aperte dicat Paulus in hac dubitatione interponendam esse de rato cautionem.

XXXI. E converso si de horum persona ita constabit, ut fides mandati sit in potestate rei: sine exceptione dicemus neminem eorum, qui alieno nomine agant, cogi de rato cavere. Quippe in hac certitudine abunde cautum est reo ad omnem liberationem, quamcunque ex judicio postulat: quæ res facit, ut sit illi cautio supervacua. Iniquum porro agentem supervacua cautione onerari, ut supra ostendimus *L. hæc stipulatio, §. 1. D. ut leg. nom. cau.* Neque putabimus hic quidquam proprium esse syndici, tutorum, curatorumve, aut procuratoris in rem suam dati. Tribuitur hoc quidem actoribus universitatis, eoque et syndicis in *d. L. item, §. actor, quod cujus. univ.* Tribuitur etiam tutoribus et curatoribus in *d. L. vulgo, de adm. tut.* Sed tum, cum istos tales esse non dubitatur. Atqui tribuitur hoc idem et privatis procuratoribus quibuslibet, cum de mandato domini certo constabit. *L. unic.* in pr. *C. de satis. §. sin. autem, Instit. cod. l. si procuratorem, D. de procur.* Quod multo magis procuratori in rem suam dato tribui, quamvis nulla necessitate procurator factus sit, intelligendum est.

XXXII. Unus est ex iis, qui alieno nomine agunt, in quo superior distinctio non servatur, actor scilicet a tutore aut curatore decreto magistratus datus. *L. decreto, D. de adm. tut.* et *L. neque, C. de proc.* Placet hunc omnimodo cavere debere, dominum cujus nomine agit, rem ratam habiturum: quamvis maxime constet eum decreto magistratus constitutum. *L. actor, rem D. rat. hab.* Hoc ideo dissimiliter in hoc actore atque in superioribus omnibus qui alieno nomine agunt, et certo mandato domini utuntur: quia hic actor utcunque recte et certo constitutus, nunquam tamen constituitur a domino. Constituitur enim a tutoribus et curatoribus, *d. L. neque, C. de procur.* Hi vere domini non sunt. Confirmatur decreto magistratus: sed nec is magistratus dominus est. Unde evenire necesse est; ut actore isto actionem nomine domini postulante semper immineat (28)

(26) Et tamen Syndicum, ad sui legitimationem, non de rato cavere, scribit Vantius *de Nullit. ex defectu mand. n.* 150. Audentur vero A. Fab. *in d. L.* 6. §. 3. hoc quod *in d.* §. 3. vers. *interdum* falsitatis coarguit. Neque, pro more suo, in Tribonianum stilum stringit, de supposito suo fœtu, illum incusando, sed in ipsum ICtum, cationibus tam frigidis, ut referre ferme pigeat. 1.° Procurator quilibet esse potest. Actor non, nisi cui lex, vel ordo permisit *l.* 3. *Quod cui. univ.* Ergo in illo cautio, vice mandati, cedere potest, in hoc nequit. Resp. nihil diversum in personis. Nam Syndicus potest omnis esse, quicunque Procurator, Mousch. *P. act. judic. P.* 6. *C.* 8. *n.* 33. Et quod in illo mandatum, in hoc lex, vel decretum. (Nam et in tutore locus est cautioni, ut *hoc Q. loci Donellus*, nec tamen mandato.) Usque *d. L.* 3. dicitur actor non admitti sine lege, vel decreto; ita pluribus locis Procurator, sine mandato. Quare ut in illo cautio supplet quod deest mandato; non si unde allegat se Procuratorem esse, ut male Faber vid. *sup. n. h. t.* N. 21. sed si aliquam, ast non plenam fidem de eo faciat; ita et in hoc etc. Unde concidit, quod Faber ex vocula *permisit d. l.* 3. infert. Neque enim ita fit, ut alii permittatur, sed cautio rati efficit, ut is ipse præsumatur, per ea quæ ipse fate. *ad L.* in. § *ult. h. t.* 2.° Ratio Fabri. Quia decreti probatio præcise exigi nequit. Quid enim si is sit, cui ex lege agere licet. Resp. Ast non de atio actore loquitur *d.* § 3. quam qui decretum se habere allegat. In alio enim nec locus est quæstioni, et semper supponendi sunt termini habiles.

(27) Item an agenti administratio commissa, an rem pupilli salvam fore satisdederit. Et sic accipit *pr. l. de satisd.* vers. *tutores vero* Gœd. *de Contr. stip. C.* 5. *n.* 319.

(28) Recte. Ubi et id singulare, quod hic de rato pupilli cavet, cum alias a Procurato-

periculum reo, ne pupillus aut adolescens qui domini sunt, quandoque, de eadem re agant. Quod periculum in cæteris non metuimus, qui certum mandatum a domino acceperunt.

XXXIII. Quod reliquum est, quibus in caussis jubetur is qui alterius nomine agit, satisdare rem ratam haberi, in his si de necessitate hujus satisdationis præstandæ quæritur, omnia hic eadem quæ in defensionis necessitate intelligenda sunt. Non defendentis procuratoris pœna hæc est, ut denegetur ei actio. *L. mutus*, *§. pœna*, *D. de procur.* Eadem pœna non satisdantis dominum rem ratam habiturum, quibus in caussis hæc satisdatio exigitur. Nusquam id quidem aperte traditum legimus, sed conceptio edicti de his præstationibus id evidenter declarat. Ut enim edictum a procuratore actoris defensionem domini exigit, sic eadem clausula et eodem contentu exigit (29) satisdationem ratihabitionis. *d. L. servum*, *§. ult. de proc* Unde intelligimus utriusque præstationis eamdem esse necessitatem, ejus necessitatis eamdem caussam jussum prætoris: proinde et denegatæ præstationis et ejusdem contemptus prætoris eamdem pœnam esse oportet. Constat autem non defendentis procuratoris pœnam hanc esse, ut denegetur ei actio, ut dixi. Sit igitur eadem pœna et de rato non caventis. Denique his præstationibus procuratori injunctis, nascuntur hinc reo non actiones ad eas res a procuratore exigendas, cum quo nihil negotii ante contractum fiat: sed exceptiones tantum, quæ hanc vim habeant necesse est, ut saltem procuratorem agentem removeant, nisi præstet prius, quod prætor acturum jubet præstare. Et sunt omnino exceptiones hujusmodi. Sunt enim procuratoriæ: proinde et dilatoriæ, idest, rem differentes in id tempus, dum idonee agatur. *§. pen. Inst. de exc.* Ea res nos admonet, et necessitatem hujus satisdationis præstandæ ejusdem esse temporis, cujus et necessitas defensionis. Defensio ante litem contestatam a procuratore actoris recte postulatur, ut tum necesse habeat dominum defendere, non postea. Eadem caussa cautionis de rato. *Ratihabitionis satisdatio*, inquit Ulpianus, *ante* (30) *litis contestationem exigitur: cæterum, lite semel contestata, non compelletur procurator ad cautionem*, L. Pomponius. *§. ult. D. de procur.* Vis ea est exceptionum dilatoriarum, quales sunt procuratoriæ. *L. ult. C. de exc.*

XXXIV. Ac de iis quæ a procuratore actoris, omnique eo qui alieno nomine actionem postulet, præstanda sint, satis dictum est. Nunc dicam de defensore. Et hujus quoque suæ sunt præstationes: nempe satisdationes superiores eædem, quæ et ab hoc itidem ut a procuratore actoris exiguntur: satisdatio judicatum solvi, et satisdatio ratihabitionis. Sed exiguntur in his converso modo. Nam procurator actoris non semper satisdat judicatum solvi, sed tunc cum defensio domini ab eo postulatur: quod non semper accidit: ratihabitionis autem cautio semper exigitur ab eo, quoties de mandato dubitatur. Convertitur hic ordo in defensore alienæ rei. Nam alienæ rei defensor contra semper satisdat (31) judicatum solvi: de rato autem non semper, sed et interdum et raro. Ac de priore genere statuatur id quod est juris certi, omnem alienæ rei defensorem satisdare debere judicatum solvi, nisi dominus malit pro eo idem satisdare: idque

te substitutus, post litem contestatam caveat ratum habiturum, non priorem dominum, sed suum mandantem, vid. not. *C. præc. N.* 18. *et N.* 25.

(29) Ut nec conjunctæ personæ, cum cautione juratoria admittantur, vid. Zang. *de Except. P.* 2. *C.* 8. *n.* 19. ubi hodie receptum testatur, ut et pignoribus ita caveatur. Siculi et ex *Nov. Elect. Sax. August.* 5. *P.* 1. possessio immobilium, Procuratorem quoque a satisdatione relevat.

(30) Nisi Procurator post litem contestatam intervenerit, Konig. *Proc. P.* 1. *h. pag.* 123. Wurmser. *Tit.* 10. *Obs.* 4. Fac. *C. præc. N.* 14. Ex Ordinatione Cameræ *P.* 1. *tit.* 21. cautio de rato recipitur, usque ad litis contestationem exclusive. Quod si postea mandatum non vere probent, in expensas litis damnantur, vid. Myns. 5. *Observ.* 49.

(31) *Nov.* 88. *C.* 2. *sub fin.* etiamsi filius, vel pater sit, *L. filius jam* 14. *Qui sat cog.* ac etsi consors litis *L.* 1. *et* 2. *C. de consort. lit.* P. Wes. *Cons.* 29. *n.* 2. Sed si litis defensor. *d. L.* 46. § 2. Secus si caussas absentiæ alleget *L.* 31. §. 2. *de neg. gest.* Nam hic verus defensor non est, vid. *supra C.* 9. *in fi.* Tametsi Sich. *in L.* 12. *C. h. t. n.* 3. ita hunc non satisdare velit, si caussa absentiæ posita in facto, ex gr. quia ægrotat, etc. Secus si in jure, ut quia incompetens sit qui citavit. Idem. *n.* 4. non satisdare, quando defensio potest doceri ex actis, veluti si dicat: Compareo pro Titio, petens ut judex inspiciat acta, ut secundum illa pronunciet. Quia hoc judex ultro facere posset. *Tit. C. Ut quæ desunt advoc.* Moribus Saxonum hanc cautionem, nec a principali reo nec a Procuratore præstari, sed cautionem rati juxta distinctionem in actore positam, *supra N.* 23. notat Wesenb. *Par. h. t. n* 6. *in fi.* Sed vid. *Nov. Elect. Augusti* 5. *P.* 1. *et supra N.* 29.

jus esse perpetuum: valere et in omnibus caussis, et adversus defensores omnes. De omnibus caussis scriptum est in *L. unic*, in fin. *C. de satisd.* De omni defensore indicat regula juris inde nata: neminem alienæ litis idoneum defensorem sine satisdatione intelligi: ubi significatur satisdatio judicatum solvi. §. *si vero*, §. *ult. Inst. de satisd. L. qui proprio*, §. *qui alium, D. de proc.* Definitio generalis atque adeo universim et sine exceptione concepta: ut intelligamus nullam extrinsecus caussam intervenire posse, quæ defensorem alienæ rei hac satisdatione exoneret. Quod recte constitutum est, neque vero aliter constitui potuit sine actoris injuria. Cogitare enim debemus hic eum defensorem exsistere, et se actori constituere adversarium, cum quo nihil negotii antea actori fuerit. Injuriosum est cogi actorem alium reum sequi, quam eum non solum a quo suum consequi possit; sed etiam a quo certum habeat jam ab initio se posse consequi. Id autem certum futurum est, non simpliciter si defensor se in hoc obliget ut judicatum præstet, sed si etiam in eam rem idonee caveat: quod fit fidejussoribus. Nullæne ergo res interveniunt, quæ remittant aut remittere debeant alienæ rei defensori hanc satisdationem? Nullæ. Id quod ita esse certo statuemus, si propositis iis rebus quæ hanc exonerationem postulare videbantur, has quoque alibi nominatim removeri, et simul quam recte removeantur, videbimus.

XXXV. Et quæ res hic justam dubitationem adferant, duæ sunt: a defensore ejus facultates, et maxime si ad facultates dignitas personæ accesserit: a domino autem litis ejus mandatum, quo defensor certo utatur. A facultatibus propone hominem locupletem aut etiam locupletissimum caussæ defensionem suscipere: adde etiam hominem esse consularem et magna aliqua dignitate præditum. Cur hic ab eo satisdationem exigamus judicatum solvi, cum sit per se satis idoneus, atque adeo magis, quam ulli qui accesserint fidejussores? Placet tamen locupletissimum istum et quavis dignitate præditum defensorem nihilominus judicatum solvi satisdare debere. *L. minor*, 51. in fin. *L.* 52. *L.* 53. *D. de proc.* Inde dictum regula juris, qui rem alienam defendit nunquam locupletem haberi. *L. qui rem*, *D. de reg. jur.* Quod simpliciter dictum accipi non debet, quasi nunquam quisquam locuples haberi debeat absolute, qui alium defendit. Alioqui dictum sit et inique et absurde. Quid enim si sit vere locuples, et id constet? An non natura hoc postulat, et cum naturæ veritate jus, ut (32) qualis est re vera, talis habeatur? Nisi forte jus docet negare id quod res est, idest falsum dicere, et id probat. An non etiam potius absurdum, quemquam ita loqui, ut eumdem locupletem esse fateatur reipsa, et tamen neget se eum pro tali agnoscere? Sed superius dictum accipiendum est cum adjectione, quam jus certum ante a nobis positum suggerit; ut scilicet qui rem alienam defendit, nunquam locuples habeatur, intellige ad hoc, ut tanquam locuples et idoneus hoc ipso admittatur ad defensionem sine ulla satisdatione. Et res ita habet: nunquam enim ex suprascripto jure ita quisquam ad alienam defensionem locuples et idoneus habetur: etsi sit ipse per se locupletissimus: hoc amplius ipse satisdare, idest cavere fidejussoribus datis cogitur. Hic occurritur. Certum est enim non debere onerari quemquam supervacua cautione. *L. hæc stipulatio*, §. 1. *D. ut leg. nom. cav.* At supervacuum videtur fidejussores ab homine per se locuplete exigere. Quorsum enim ab hoc fidejussores, nisi ut eum oneres, cum abunde sit illi, quo tuum consequare? Non debet igitur homo locuples hac satisdatione onerari. Sed non est supervacua satisdatio, quæ a defensore quamvis locupletissimo exigitur. Nam qui nunc initio judicii locuples est, potest postea labi facultatibus. Et ut retineat atque etiam augeat easdem facultates, tamen in potestate ejus est cum erit condemnatus, trahere solutionem, et quo potentior est, eo facilius audebit: certe potest solutionem negligere. Cavebit quidquam istorum facere, si dederit fidejussores. Metuet enim, ne actor adversus eos actionem transferat, quibus ipse postea mandati judicio teneatur. Metuet etiam interpellationum fidejussorum (33) molestias, et his interpellan-

(32) Prœsumptio enim necesse est, cedat veritati *L.* 24. *et seq. L.* 29. *et seq. de prob. it.* Quare cum constat locupletem esse, cessat regula juris, quia pugnantiam involvit, ut qui certe dives est, non habeatur, A Fab. *in Rat. dubit. ad L.* 53. *h. t.*

(33) Pulchre Ant. Hering. *de Fidejuss. C.* 5. *n.* 20. *et seqq.* quod expediat, fidejussores habere minus potentes pro potentioribus, per quorum latus, principalem pulsare liceat. Ubi exempla profert summorum principum, qui fidejussores dederunt, multo se ignobiliores. Accedit, quod iniquum sit onerari actorem longa, ac difficili sæpe, in.

tibus denegandæ solutionis turpitudinem.

XXXVI. Esto, non prosit defensori cætera ad cum satisdatione relevandum: ut saltim mandatum domini illi prodesse dixeris. Quid enim, si defensor hic nominatim constitutus sit a domino procurator, et constet de mandato? Nonne hoc mandato satis cautum est actori, quanvis defensor nihil satisdederit? nam hoc casu, damnato defensore, judicati actio in dominum datur non minus, quam si cum eo actum esset. *L.* 4. *D. de re jud.* Quod si actori hoc modo satis cautum est, an non superflua est ei defensoris satisdatio qua proinde defensor onerari non debet? *d. L. hæc stipulatio*. §. 1. *ut leg. nom. cau.* Adde exemplum procuratoris actoris; qui cum alias satisdare debeat dominum rem ratam habiturum, tunc certe non debet, cum non dubio mandato domini utitur, ut supra ostendimus. Cur igitur magis defensor, idemque verus et certus procurator cogatur satisdare judicatum solvi? Placet tamen nihilominus rei defensorem, quanvis domini procurator sit, et quidem sub gestorum testificatione factus, idest ita factus, ut mandatum domini gestis seu actis judicii insinuatum sit, satisdationem judicatum solvi in omnibus caussis præstare cogendum: cautum nominatim in *L. unic.* in fin. *C. de satisd.* Potest quidem dominus pro eo quem dederit vice sua defensorem, satisdare: quod si fit, abunde actori satisfactum est: quid enim interest, ipse defensor satisdet, an alius pro eo? §. *sin autem*. *Inst. de satis.* Cæterum alterutrum semper faciendum est: in quibus eadem manet satisdatio. Et recte. Nam quod condemnato defensore habet actor judicati actionem adversus dominum, non ideo illi cautum est adversus defensorem. Nunc autem etiam illi adversus hunc consultum esse volumus, ne frustra coactus sit hunc reum sequi, quem alioqui admittere nullo jure cogebatur. Neque adversus hunc satis certa cautio est, nisi acceptis ab eo fidejussoribus.

XXXVII. Ne nos moveat procuratoris actoris exemplum, quod longe dissimile est. Hic si vere procurator est, et de mandato domini constat, ideo de rato nun cavet, quia hoc casu abunde cautum est reo ad id, quod ab utroque tam procuratore, quam domino eo judicio consequi desiderat. Reus judicio id agit, tantum, ut consequatur liberationem, ne iterum conveniatur. Atqui mandato domini interveniente reus hanc liberationem judicio ipso consequitur sine alia cautione. Nam si condemnatus procuratori solvit, ipso jure liberatur: si absolvitur, habet exceptionem rei judicatæ pariter adversus utrumque, et dominum et procuratorem, ut ante probavimus. At non si res cum defensore alienæ rei agatur, et hic defensor mandato domini ad defensionem accedit, ideo actori consultum est sine satisdatione (34) ad id quod eo judicio consequi postulat. Vult enim consequi non liberationem, sed rem et pecuniam quam petit; et consequi non a domino solum, sed etiam ab ipso defensore, qui se eo judicio reum constituit. Jam dixi non debere actorem non necessarium judicium suscipere cum eo, cum quo nihil ante negotii esset, nisi certus sit abunde ab hoc defensore cautum esse, quod non aliter fit, quam interposita superiore satisdatione. Bene igitur regula juris sine exceptione concepta est, efficitque neminem alienæ rei idoneum defensorem esse sine satisdatione, postquam hoc ita est, quæcunque defensoria facultates sint, quæcumque dignitas, et sive mandatum domini non intervenerit, sive intervenerit.

XXXVIII. Ad hanc tamen definitionem tutores et curatores non pertinent: a quibus pupillorum aut adolescentum suorum defensiunem subeuntibus hujusmodi satis-

vestigetione, an sit idoneus defensor, cum plerumque lateat æs alienum. Proba hæc ratio A. Fabri *ad d. L.* 53. uti alia ejusdem reproba, quod alienæ rei se immisceat defensor, et quanvis bona forte mente id faciat, tamen sit quod imputari illi possit, cujus pœnam hanc eum subire æquum, ut pro locuplete non habeatur. Male. Alia vero ratio, cur dominus ipse reus, si locuples, non satisdet, quia ejus fidem jam antea secutus est actor. Defensoris non item, sed in eum incidit. Male vero, qui simpliciter contenti ratione *d. L.* 46. §. 2. neque rationis ejus rationem reddunt, in eamve inquirunt P. Fab. *ad L.* 95. *de R. I. p.* 439. Gif. *ad d. L.* 46. §. 2. *n.* 12. Arumæ. *Lib.* 1. *Dec.* 7. *n.* 6. Placuit aliquando hæc ratio, quia nisi satisdaret, non posset in eum actio judicati dari *L.* 61. *de Proc.* Siculi Wes. *Par. h. t. n.* 6. *sub. fin.* sine hac cautione, non recte cautum esse adversario, de exsecutione. Sed nunc displicet quia non minus actio judicati datur, etsi non satisdederit, forte reo cautionem non exigente. Et actio judicati, non ex cautione sed ex litis contestatione Procuratoris, et quasi contractu.

(34) Aliter Hortens. *ad* §. *fin. n.* 3. *I. de satisd.* quia major vis actionis et condemnationis adversus reum, unde actio; quam absolutionis adversus actorem, unde exceptio.

datio non exigitur, cautum in *L. ult.* §. *defensionem*, *C. de adm. tut.* An quod cum verbis continеantur, excepti sunt postea superiore constitutione Justiniani, quæ una est ex quinquaginta ejus decisionibus Codici emendato insertis? An potius quia tutores et curatores verbis regulæ non continentur; ut ne excipi quidem a regula debuerint? Quod et ipsum recte potest defendi. Nam definitio est de alienæ rei defensore. Tutores et curatores rei pupillaris aut adolescentium defensionem suscipientes non alienæ rei defensores sunt, sed suæ. Receptum est enim jure certo tutores et curatores dum tutelam aut curam administrant, pro dominis haberi: cujus administrationis maxima pars est defensio. *L. tutor qui tutelam*, *D. de adm. tut. L. qui fundum*, §. *si tutor*, *D. pro empt.*

XXXIX. Hujus satisdationis in defensore eadem necessitas est, quæ et superiorum, quas a procuratore actoris exigi diximus, sive de pœna non præstitæ hujus satisdationis, sive de tempore ejus exigendæ quæritur. Si defensor alienæ rei non satisdat, regula superior juris dictat non esse eum idoneum defensorem. Id valet, eum tanquam defensorem non admitti. Ita hujus quoque defensoris non satisdantis pœna hæc est, ut denegetur ei defensio. Sed et necessitas ejusdem temporis est, cujus est et in superioribus satisdationibus. Exigitur nimirum a defensore satisdatio judicatum solvi: sed et ab hoc in exordio litis, ut est in *L. unic.* in fin. *C. de satisd.* ut intelligamus, lite semel contestata, ne hic quidem defensorem ad satisdationem compelli. Denique ex omnibus istis præstationibus quæ procuratoribus et defensoribus injunguntur, nasci adversario exceptiones procuratorias eoque et dilatorias ad superiores removendos, nisi præstent quod jubentur: quarum exceptionum commune hoc est, ut post litem contestatam opponi non possint. *d. L. pen. L. ult. C. de excep.*

XL. Interdum a defensore alienæ rei, præter solitam satisdationem judicatum solvi, exigitur et de rato cautio. Quod generaliter recte definiemus tunc accidere, quoties agitur adversus reum de ea re, quæ ejus est, aut ejus habetur, et in ea lite existit aliquis absentis defensor. In omni, inquam, ejusmodi caussa eveniet, ut defensor non solum cavere debeat judicatum soluturum; sed etiam dominum absentem ratum habiturum. Idque ideo, quod cum absentis res sit, aut sit incertum, an sit, periculum est ne ille postea iterum de eadem re agat, dum ratum non habet quod actum est cum defensore. Quod periculum quoties incidit, tale est, ut locum faciat de rato satisdationi. *Inst. de satis.* in pr.

XLI. De re absentis agi intelligitur, cum aut agitur de fama ejus, instituta adversus eum famosa actione: aut agitur de ejus libertate, præjudicio: aut agitur de re ab absente possessa quam ille pro sua possedit. De fama agitur, veluti si suspectus tutor postuletur. Qua in specie ideo Pomponius scripsit, si hic absentis tutoris aliquis defensor exsistat, oportere eum etiam de rato cavere: *ne reversus*, inquit, *tutor velit tractare quod actum est:* refert Ulpianus in *L. non solum*, *et ult. D. de proc.* Sed Ulpianus ibidem hoc notat, et innuit ita esse accipiendum, si modo is qui suspectum postulat, ultro dixerat se admittere defensorem. *Alioqui*, inquit, *non facile quis per procuratorem suspectus excusabitur;* neque adeo invito accusatore admittetur defensor, *nisi constet a tutore mandatum nominatim*: quo sane casu cessat cautio ratihabitionis. *L. 1. C. de proc.* De libertate agitur, cum quis ex libertatis possessione petitur in servitutem ab eo qui eum servum et se ejus dominum esse dicat: quam ad rem comparata est præjudicialis actio. §. *præjudiciales*. *Inst. de act.* In hac caussa si exsistat defensor, qui absentis nomine ei qui ex libertate in servitutem petit, faciat status controversiam: placet eum debere cavere rem ratam dominum habiturum: potest enim is postea ratum non habere, et libertatem suam ultro, ut antea etiam vindicare. *d. L. non solum*, §. *si status*, *de proc.* De re ab absente possessa agitur aut in rem actione, aut in integrum restitutione. In rem actione: si quis rem tanquam suam aut ad jus suum pertinentem vindicet. Qua actione si quis quasi defensor conveniatur, et judicatum solvi et de rato debet cavere: quid enim inquit Ulpianus si in hoc judicio rem actoris esse pronuntietur: et reversus possessor, cujus defensor exstiterat, velit fundum vindicare? nonne potest, et non videbitur hoc modo ratum non habere, quod actum est? hoc in *L. Pomponius*, §. *sed et is*, *D de proc.* In hac autem actione non solum defensor iste cavere debet actori domino rem ratam possessorem habiturum, si cum eo judicium suscipiat; sed etiam si is postulet a venditore fundi, ut ab eo in ea caussa defendatur: placet eum hoc idem desideranti creditori præstare debere: qua si venditor victus agenti fundum restituerit, nihil prohibeat venire postea possessorem qui fundum ab eo actore vindicet, contendens ejus fundi se traditione ab initio, aut postea usucapione

dominum factum: hoc in *L. qui absentem*, *D. de proc.* Restitutione in integrum res a possessore repetitur, veluti cum minor rem a se alienatam repetens eo nomine se adversus alienationem in integrum restitui postulat. Et in hac causa si quis adversus agentem absentis possessoris procurator existat, imponitur hoc ei, non solum ut satisdet adolescenti judicatum solvi, sed etiam rem ratam dominum habiturum, qui reversus potest de re sua adolescenti controversiam facere: hoc in *L. non solum*, *§. est et casus*, *D. de proc.* Ac redeunt denique hæ species ad hanc summam, ut declarent non alias a defensore alienæ rei exigi cautionem de rato, quam cum agitur de ea re, in qua reus absens non solum reus est, sed (35) potest etiam esse petitor: ut sic de eadem re possit priori actori controversiam facere. Quod si pecunia petetur, aut res cujus præstanda sit æstimatio, nunquam alia satisdatio exigetur a defensore quam judicatum solvi, quia alia non est necessaria. In hac enim petitione non est periculum, ne cum defensor judicatum fecerit, absens reus de pecunia soluta iterum agat eam repetens. Nam defensor condemnatus pecuniam suam solvit, alioqui ne solvit quidem. Pecuniam suam tradendo ejus dominium transfert. *§. per traditionem*, *Inst. de rer. divis.* Pecunia in actorem translata, non est metuendum ne possit amplius ab ullo alio ei avocari: cum ut est regula juris, id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non possit. ***L. id quod nostrum*, *D. de reg. jur.***

(35) Et ubi non potest executio fieri in Procuratorem. Hæc enim ratio non exigendæ cautionis rati a defensore in personalibus regulariter: quia judicati executio in ipsum non in eum, quem defendit *L.* 28. *in fi. h. t. L.* 10. *Jud. solvi*, atque ille, ut Accursius loquitur, de bursa sua solvit. Nihil vero interest actoris, a quo suum recipiat. A. Fab. *ad L.* 29. §. *ult. h. t.* Gifan *ad L.* 40 §. 2. *n.* 20. Ast in realibus, nec judicato satisfacit defensor, patiendo possessionem rei in actorem ex sententia transferri. Nec aliter potest actor securus reddi. Et ibi itaque cautio de rato, veluti pars quædam est cautionis judicatum solvi, A. Fab. *ad d. L.* 40. §. 2. Idem igitur, si actione in personam species debeatur et petatur, ex. gr. equus commodatus, Gifan. *ibid. n.* 22.

## CAP. XIV.

De vi et potestate procuratoriarum satisdationum, Judicatum solvi, et Rem ratam haberi. Quid hæ præstent, illa actori, hæc reo, quo utrique cautum sit pro reo, atque utrique adversus procurationis injuriam consultum esse volumus.



I. Si quæ de præstationibus procuratoriis superiore capite edicta sunt recte accipimus, hoc efficiunt in summa: eas præstationes esse satisdationes illas duas, quas ab alienæ litis procuratoribus exigi diximus, Judicatum solvi, et Rem ratam haberi: de quibus exstant separati tituli in Pandectis. Et si recte rem æstimare volumus, reperiemus in tota illa tractatione superiore sic illas esse constitutas, non ut ambæ

promiscue exigi possint et a procuratore actoris, et a defensore rei, sed singulæ singulorum istorum sint propriæ; ac prior quidem illa Judicatum solvi proprie exigatur a solo defensore, præsteturque actori: posterior Rem ratam haberi exigatur a solo procuratore actoris, et præstetur reo. Etsi enim diximus eum qui alieno nomine actionem postulat, defendere dominum debere, eoque nomine satisdare judicatum solvi: *L. sed et hæ*, §. *defendere. D. de proc.* tamen quatenus id facit, non tanquam procurator actoris facit, sed tanquam defensor rei, cujus et personam nunc sustinet. Tum enim dominus, qui agere cœperat, mutua actione a reo convenitur: in qua conventione, qui modo actor erat, nunc reus esse incipit, et hujus procurator eatenus defensor rei. Sed et quod diximus defensorem alienæ litis interdum cavere de rato, meminerimus id eum non facere, nisi quatenus qui prius defensor erat absentis, reperitur idem esse et procurator absentis petitoris, seu ejus cujus petitio nova in ea caussa metuatur. Ergo et Judicatum solvi satisdatio defensoris est, comparata actoris caussa, quo ei cautum sit de eo quod petitur, ut quantum judicatum erit, tantum solvatur; et ratihabitionis satisdatio procuratoris actoris, constituta rei caussa, quo ei ita cautum sit, ne dominus cujus nomine nunc agitur, aut postea agi potest, impune iterum de eadem re postea agat. Frustra hæ satisdationes superiorum cautionum caussa, nisi vis et potestas utriusque satisdationis, seu stipulationis ejus quæ hanc satisdationem et cautionem continet, nota sit: quo intelligi possit, quid præstet utraque auctori suo; illa actori stipulanti hæc stipulanti reo. Quare si hæ recte supra constitutæ sunt, atque adeo unus constituendi locus est, quæ ita sunt procuratorum propriæ, ut non pertineant ad alios: sequitur, ut ad eam cautionem atque usum obtinendum quæ in his quærimus, deinceps de vi et potestate earum hoc loco cognoscendum sit: nec si de re harum stipulationum quæritur, alius locus est cognoscendi. De his igitur dicam breviter, complexus sententiam eorum titulorum, qui sunt de his satisdationibus in Pandectis, Judicatum solvi, et Rem ratam haberi: quibus hic proprie locum esse intelligere debebimus. Et dicam eodem ordine, eoque et de satisdatione Judicatum solvi primum: quam et petitor in edicto a procuratore actoris primum exigit defendendi domini caussa.

### *Judicatum solvi.*

II. De stipulatione Judicatum solvi ad eum usum quem inde actori præstari nunc volumus, tres sunt quæstiones, in quibus ut vis, ita et tractatio omnis hujus satisdationis versatur: Quomodo recte contrahatur, ut valeat: Contracta quando committatur, ut ex ea agi possit: Commissa ad quid committatur, seu quas habeat præstationes, ut quod huic præstari debet, sit ejus petendi et obtinendi potestas

III. Sic recte contrahitur et utilis est judicatum solvi stipulatio, si stipuletur actor is, qui id stipulari utiliter potest. Quo in numero sunt, aut actor dominus, aut ex iis qui alieno nomine agunt, procurator, tutor, curator, quibus agendi facultas est. *L.* 3. §. 1. §. 2. *D. jud.* Procuratorem verum accipimus, cui aut specialiter a domino mandata actio est, aut generaliter omnium bonorum commissa administratio. Sed et eum, cujus actionem sine mandato institutam postea dominus (1) ratam habuit: quia ratihabitio mandato comparatur. *d. L.* 3. §. *procuratorem*, *jud. sol. L. vero*, *D. de sol.* Tutorem autem et curatorem hic accipi volumus, non solum verum, sed et cui agendi facultas est: ut frustra stipuletur judicatum solvi non solum qui pro tutore tutelam administrat, cum tutor non esset: sed etiam verus tutor, si sit is, cui commissa tutelæ administratio non est, qualis est honorarius tutor; aut non commissa in iis rebus, quarum nomine agitur; veluti si divisa inter tutores administratione, unus agat ex

(1) Etsi post sententiam. Nam et tunc gesta falsi Procuratoris, dominum etiam in sui commodum ratum habere posse, verius, et receptius est, vid. *supra C.* 12. *N.* 7. Quod et *d. L.* 3. §. 2. probat, quia indefinite loquitur, nec id ad ratihabitionem, quæ pendente judicio fit, restringendum. Planius vero idem convincit *d. L.* 3. §. 3. junct. *L.* 8. *pr. de neg. gest.* Nam conjunctæ personæ facta hæc stipulatio, ita committitur, si dominus ratum habeat. *d.* §. 3. Et imputatur eidem, si negocis gessit, cur non oblata cautione rati egerit *d. l.* 8. *pr.* Supervacuo sane, nisi postquam ille egerit, et obtinuerit, commodum sententiæ, ad se derivare dominus possit. Itemque *L.* 22. §. 3. *Rat. rem hab.* Quæ a contrario probat, petita pecunia a falso Procuratore qui de rato cavit, fidejussores ejus liberari, si dominus ratum habuerit. Quare ut ratum habere possit necesse est; alias indistincte tenerentur fidejussores, Timæ. Fab. 1. *Annot.* 20.

ea caussa, quæ ad administrationem ejus non pertineat. Idem est etsi verus tutor et ex administratione agens non tamen tanquam tutor agat, vel quia se tutorem esse ignorat, vel ob aliam caussam. Hæc summa *d. L.* 3. §. *procuratorem*, *et* §. *si tutor*, *jud. sol.*

IV Quæ cum dicuntur de supra scriptis personis, nempe hoc dicitur: si is qui alieno nomine agit, neque verus procurator erit, neque tutor, aut curator, aut ita tutor vel curator, ut extra administrationem sibi promissam, aut alio nomine agat, frustra hunc stipulari judicatum solvi; ut quanvis agens nomine domini admissus sit, interposita de rato cautione, et per hanc occasionem agenti cautum sit a defensore rei Judicatum solvi; tamen inutilis sit stipulatio et stipulanti, et domino ei, cujus nomine agitur; usque adeo, ut quanvis forte ex liberis et parentibus aliquis interveniat, vel vir uxoris nomine, a quibus mandatum non exigitur; placeat tamen non committi stipulationem, nisi fuerit ei mandatum vel ratum habitum. Neque enim, inquit Ulpianus, *quod eis agere permittitur edicto prætoris, facit eos procuratores*, d. *L.* 3. §. *procuratorem.* Habet hæc sententia hanc rationem, quod qui alieno nomine agit, etsi neque procurator est, neque tutor, neque curator, tamen tanquam unus aliquis horum agit. Nam ut minimum cavet dominum ratum habiturum. In quo nihil aliud profiteri intelligitur, quam aut se jam nunc procuratorem esse, aut postea futurum, ut jam nunc esse intelligatur, ratihabitione nimirum secuta. Quapropter et defensor huic stipulanti promittens, illi non aliter, quam tanquam procuratori eive qui agendi facultatem habeat, promittere existimandus est. Certæ ergo personæ promittit: qualis si non est is, qui stipulatur, necesse est (2) deesse ad obligationem consensum,

(2) Arguta ratio, cui firmandæ adiici potest hæc haud scio an non fortior, quia gesta cum falso Procuratore, quandocunque deinde, etsi post sententiam falsum esse constiterit, invalida et judicium nullum redditur ut *supra C.* 12. *n.* 5. Neque igitur, vel ex verbis ipsis judicatum solvi stipulatio committi potest, neque ex priori clausula; cum nec judicatum quidquam censeatur. Sed nec ex posterioribus clausulis, cum illæ propter priorem interponantur, nec dici possit, rem non recte, ex bono viri arbitratu, defensam esse judicio, ubi nullum fuit judicium. Nec dolo factum, quo minus judicium procederet aut ad exitum perduceretur. Cum quando hic aliquis dolus intervenit (quod non semper contingit) is sit Procuratoris falsi stipulantis, qui ex mandato se agere mentitus; non vero rei, vel defensoris promittentis, et contra quem committi debet cautio; qui si scivisset Procuratorem falsum esse, non utique satisdedisset; cum hoc ipsi onus fuerit, nec commodum inde speraverit. Cumque eo casu, quo Procurator falsus, aliqua, sed non plena de mandato fide facta: vid. *supra C.* 13. *n.* 27. vel conjunctus, citra ullam mandati allegationem, rati cautionem præstitit; judicium cum illo suscipere, eique judicatum solvi, cavere necessum habuerit. Atqui hinc clara lux accendi potest *d.* §. 3. cur conjuncti (ad agendum admissi, etsi fateantur se non habere mandatum, ut *supra C.* 12. *n.* 10.) Procuratores non sint. Nimirum, quanvis judicium cum illis adversarius subire compellitur, id tamen non ex conjunctione hac consistit, sed interim procedit ex præsumptione juris, ob spem secuturæ ratihabitionis domini, quia licet non mandasse constet, ob affectionem tamen inter hujusmodi personas naturalem, ratificaturus is postea, ceu probe et ex fide bona amici gesta, creditur. In pendenti itaque est an judicium valiturum, quod procedit. Sicuti æque in incerto est, ubi alius, quam conjunctus, qui mandatum se habere asserit, sed non perfecte docet, cautionem rati exposuit. Quanvis hoc interesse possit, quod illic ex futuro eventu, sperato sane, incerto tamen, ratificationis domini semper pendeat judicium; hic vero natura certum esse queat, quod ex præsenti valeat, ast incertum nobis, si nempe vere mandatum sit Procuratori, sed illud non vere probatum sit. Procedit vero utrobique judicium, ex ratione, quæ *supra d. C.* 12 *N.* 5. cum et cautione rati, indemnis reddatur adversarius. Itaque si dominus gesta, conjuncti alteriusve falsi Procuratoris, rata habere recuset, judicium domini, reique conventi ratione, invalidum. Ne tamen hic impune delusus sit, cum utrumque juris necessitate admiserit, stipulatio quidem rati, pro reo contra conjunctum, aliumve, qui sine mandato agens eam exposuit, committitur. Quo ipso et hujus mendacium, et illius inconsulta temeritas punitur, et quod rei interest, lite non inaniter vexari ipsi præstatur etiam tunc cum sententia contra reum dicta, si illam dominus adceptare nolit, sed litem ipse instaurare malit. Judicatum vero solvi stipulatio pro conjuncto hoc, falsove Procuratore committi nequit, tum quia utrique ut Procuratori promissum quæ qualitas, ut *hic noster*, tum quia, ut nos modo diximus, judicatum dici nequit, ubi judicium nullum. Judicium autem non minus nullum, quod cum conjuncto susceptum non secuta ratihabitione quam quod cum alio quovis *L.* 7. *Cod. de reb. cred.* Denique (quæ ratio ex mera æquitate priori, quæ ex intimo jure accedit) quia absurdum, illum ex improbitate, nunc ex temeritate sua, lucrum captare, cum manifestaria fraude rei conventi, judicioque (sed quod nullum esse apparet) condemnati. Committeretur quippe stipulatio, non domino (hunc enim ponimus gestis non acquiescere) sed conjuncto, vel Procuratori qui domini nomine egit. Quod si itaque huic sol-

eoque nullam contrahi obligationem. Sed etsi jure summo valere posset hæc stipulatio: tamen quia ob caussam judicium suscipitur, ut res domini agatur, et judicio liberetur reus: si forte absolutus erit, quæ caussa hic nulla est, semper sine caussa petenti actori obstaret doli mali exceptio. *L.* 2. §. *circa. D. de dol. mal. et met. exc.* Quod si hic stipulanti actio acquiri non potest, multo minus ex inutili stipulatione, acquiri potest domino, cujus nomine agitur: parumque profecerit stipulator extraneus, si domino ipsi stipuletur judicatum solvi, cum jus vetet stipulando, aut quovis modo contrahendo alteri per extraneam personam quidquam acquiri. *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *D. de ver. ob. L. quæcunque gerimus. D. de oblig. et act.* L. 1. *C. per quas pers. nob. acq.* Commutatur hæc ratio in (3) vero procuratore, tutore, curatore: qui quemadmodum ut tales stipulantur judicatum solvi, ita re vera tales sunt: ut quam ob caussam stipulatio contracta est, etiam talis caussa subsit stipulationi. Adeoque utilis est stipulatio in persona superiorum stipulatorum, ut non ipsis solum inde acquiratur directa actio, sed etiam ipsis dominis (4) utilis, et hæc quidem eo jure, ut in ea domini stipulantibus præferantur, *L. si procurator*, 28. *L. quod procurator*, *D. de proc. L* 5. §. *Julianus*, §. *si actori*, *D. de pec. const.*

V. Utiliter contracta stipulatio judicatum solvi committitur varie; ut sunt scilicet variæ et dissimiles clausulæ hujus stipulationis. Judicatum solvi stipulatio, tres clausulas in unum collatas habet: de re judicata, de re defendenda, de dolo malo. Definitio Ulpiani in *L.* 6. *D. de jud. sol.* Tres clausulas idest partes tres, ac veluti membra, suis orationibus ac clausulis distracta: sive quod idem est; tria, quæ (5) hac stipulatione promitti intelliguntur. Quæ cum dicit esse de re judicata, de re defendenda, de dolo malo: hoc significat, eum qui satisdat judicatum solvi, etiam si nihil amplius verbis adjiciat, tria hæc cavere et promittere intelligi, se judicatum soluturum, rem defensum iri, dolum malum in ea caussa abesse abfuturumque esse. Prima clausula verbis ipsis exprimitur aperte, ut non sit quærendum, quomodo hac stipulatione contineri dicatur. Reliquæ duæ non exprimuntur: sed efficiuntur ex priore de contrahentium (6) sententia, propter quam ipsam et stipulatio-

veret reus, obligatione tamen se non redimeret, cum nec vero litis Procuratori, facta solutio liberet *L.* 86. *de sol.* quin domino vero actio et exactio integra esset. Itaque in evidenti damno poneretur is, cui nihil imputari potest, quod judicium prius susceperit, quod jure cogente debuit. Quin itaque etsi judicium consisteret, ac judicatum vere esset, (cum contra sit) doli tamen exceptione agens, ex stipulatu repelleretur, per ea quæ *infra N.* 4. Ubi vero ratum habuit dominus, stipulatio committitur *d.* §. 2. etsi id fecerit dominus, post sententiam, ut *N. præced.* Quæ et ex his lucem accipiunt: Alias conjunctus agens pro conjuncto nocere ipsi tantum posset, secuta ratificatione, prodesse ne sic quidem: Itaque ille finem sibi propositum, qui fuit, ut agendo inserviret commodis amici, nunquam assequeretur.

(3) Veri autem nomine intellige ex sententia Donelli nostri ut *supra N.* 1. etiam qui initio falsus, vel si conjunctus egit et utriusque gesta rata habita.

(4) *L.* 5. *de Præt. stip.* Eademque potior directa: cum si Procurator agat, exceptione repelli debeat; *d. L.* 28. sive Procuratoria, quod non amplius sit Procurator, lite finita ut Gifan. *ibid. n.* 2. sive doli, ut Ant. Fab. et melius, quo dolo exigat is, cui solutio facta debitorem non liberat *L.* 16. *pr. de pact.* Atque sic exponenda verba extrema *L.* 27. *de Procurat.* neque ex illis Tribonianus corruptionis, et inscitiæ, cum Fabro *ibid. et* 12. *Conject.* 4. arguendus. Ac etsi egerit Procurator et exegerit, domino actio superest *d. L.* 28. quia sibi imputet reus, quod exceptione non usus. Eadem obtinet etsi a Procuratore in dominum, aut a domino vel procuratore in Procuratorem judicium translatum: quia litis translatio, prætore auctore, *d. L.* 27. *in fin. pr.* facta, translationem actionis inducit, sed utilem, Gifan. *in d. L.* 27. *n.* 9. Neque priori casu, cessio actionis necessaria, vid. Gœd. *de Contr. stip. C.* 10. *n.* 30. Mirum vero, quod A. Fab. *d. L.* 27. §. 1. totum cum §. ideo Triboniano adscribat, quod ex juris ratione, nec utilis actio quæri possit domino, stipulatione Procuratoris, nisi vel præsente illo, vel ex re ejus facta sit Idem tamen *d. l.* 28. ubi idem habetur, Ulpiani esse agnoscit. Hujusque rei rationem hanc, non nihili, reddit, quod stipulatio hæc, ceu prætoria, interpretationem ex mente prætoris capiat *L.* 52. *de V. O. L.* 9. *de stip. præt.* Is vero in hunc finem injungit, ut judicati actio sit paratior. Cui itaque judicati actio eidem et ex hac stipulatione.

(5) Una vero hæc stipulatio, sicuti passim vocatur, non tres, ut et probat *l.* 5 §. 2. *et L.* 13. *pr. ac L. ult. h. t.* quia non nisi semel committi potest Nec igitur probanda emendatio Vult. *ad Tit. I. de satisd. n.* 19. pro iis, quæ vulgo *in* §. 4. *I. d. t.* leguntur *satisdationem solemni stipulatione* reponentis *satisdationis solemnes stipulationes.*

(6) Immo, dices, ex verbis, si recte, Duar. *ad h. t. C.* 3. ita concipit censens. Quod judicatum erit, ab hoc judice, nisi appellatione, id irritum fiat, rem boni viri arbitratu defensam iri, dolum malum abesse, abfuturumque esse spondes. Et perfectiorem formulam, clausulas has distincte continentem refert, Cujac. 10. *obs.* 29. *et in Lib.* 8. *Pauli*

ne continentur. Sic enim meus est et sententia omnium quid caventium, ut cum aliquid promittunt et cavent, velint quoque præstari omnia sine quibus quod cautum est, præstari non potest. *L.* 1. §. 1. *D. si usufr. pet. L.* 3. §. 1. *D. de ser. rustic. præd. L.* 2. *D. de jurisdict.* Jam vero non potest lite instituta judicatum solvi, nisi res judicata sit, nec potest judicari, nisi defendatur, id est, nisi judicium suscipiatur rei defendendæ caussa. Sic enim est jus Romanum, ut ad sententiam perveniri non possit, nisi lite prius cum adversario contestata, ut postea suo loco dicetur. Sed et res judicari non videtur, quæ perperam judicata est dolo malo defensoris. Hinc postquam defensor promisit judicatum solvi, accedunt illa duo per consequentiam, ut idem promittere intelligatur, rem defensum iri, quo judicetur: et dolum malum abfuturum esse, quo recte et ex bona fide judicetur. Ut sunt igitur hæ clausulæ et cautionis partes, quæ, ut apparet, non unam conditionem habent, ita varie pro unaquaque clausula hæc stipulatio committitur, et ad res diversas. Ut proinde ipsæ per se clausulæ distincte cognoscendæ sint, et in his horum utrumque conjunctim spectandum, quando singulæ et ad quid committantur.

VI. Prima igitur clausula, et veluti prima cautio hujus stipulationis, unde et regulæ pendent, est ea quæ, ut dixi, verbis exprimitur, et a qua stipulatio tota (7) nomen habet, judicatum solvi. Sic dicta, quod defensor aut defensoris nomine reus promittit, se quod judicatum erit, soluturum præstaturum: sic explicatur *Inst. de sat s.* in pr. *L. pen. D. jud. sol.* Committitur ergo ex hac parte stipulatio, cum de re et lite instituta (8) judicatum fuerit. *L. hæc stipulatio*, §. *habet*, *D. de op. no. nunt.* Committi enim dicitur omnis stipulatio sub conditione contracta tunc cum conditio stipulationis existit, ut exinde agi posset. §. *sub conditione*, *Inst. de verb. obl.* Licet observare hanc stipulationem judicatum solvi conditionalem esse, et hanc conditionem habere, si judicatum erit. Nam hoc ipsum judicatum significat quod judicatum erit. Hæc autem oratio, quod judicatum erit, et generaliter omnis demonstratio in futurum concepta conditionem habet: ut, quod judicatum erit, hoc continet, si judicatum erit. *d. L. stipulatio*, §. *habet*. *de op no. nunt* Stichus qui meus erit, si moriar, hoc efficiet, si meus erit cum moriar. *L.* 6. *D. de leg.* 1. Quo fit, ut re judicata, quo facto conditio hujus partis exstitit, necesse sit committi ex hac clausula hanc stipulationem.

VII. Et hoc ex verbis semper, si simpliciter res judicata erit: at non item semper ex mente et sententia contrahentium: sed ita, si judicatum erit a quo oportet, qua de re oportet, et adversus quem defensorem oportet: ut in hoc judicato præter sententiam judicis tria hæc ad committendam ex hac parte stipulationem spectanda sint; persona judicis, res de qua judicatum est, et defensor adversus quem judicatur. In persona judicis hoc quæritur, ut sit is, ad quem qui acturus erat, declarabat se iturum esse, idque destinans stipulatus est judicatum solvi. Quod si cum ad certum iturum se tum ostenderet, post egerit apud alterum; quanvis defensor consenserit, non tamen (9) com

*ad Edictum ad L.* 14. *h. t.* Sed recte noster. Nam *L.* 3. *pr. h. t.* dicit priorem clausulam reliquas in se habere, et stipulationem una clausula claudi, scilicet, quoad verba. Plane nihil impedit, omnes has clausulas diserte exprimi, itaque cavillationibus vitandis expedit, et necessarium tunc, si in aliqua earum plenius sibi prospicere actor velit: veluti, ut et dolus extranei contineatur. Nam ut adjici possit *si hujus rei etc. ut d. L.* 19. §. 1. necesse est verba ista ad quæ se hæc referunt *dolum malum abesse etc. d. L.* 19. *pr.* præcedere. Et hujus plenioris cautionis formula est, apud. Cujac. *d. C.* 29. add. Briss. *lib.* 5. *de formul. p.* 393.

(7) Quia præcipua est, ea sublata, per acceptilationem, solutionemve evanescunt cæteræ quæ propter hanc interponuntur, ut judicari possit, Cujac. 10. *Obs.* 29.

(8) Vere non si nulliter, veluti non præmissa citatione, nec si sententia effectum non habeat, Matth. de Afflict. *Decis. Neap.* 182. *n.* 3.

(9) *L.* 64. *de jud.* Hinc vulgeris theorica: Mutatio judicis liberat fidejussorem, Cæsar Ursill. *Annot. ad Afflict. Decis.* 182. *n.* 4. ubi *n.* 5. idem tradit, etsi noterius exposuerit clausulam, quod coram alio judice teneatur. Contra tamen videtur, si illa ex scientia fidejussorum, nec mero more et stilo apposita per *Text. L. pen. in fin. h. t.* Quin imo Gifan. *ad. L.* 27. §. 1. *h. t. n.* 6. hoc ita demum admittit, si stipulatio in incertum judicem concepta, et Thesaur. *Decis.* 202. *n.* 14. si nominatim indesignatus, ejusque judicio se arctavit. Quanquam hanc restrictionem vix probandam putem, etsi et noster eo inclinet; quia testus generales; et in judicio fere interponitur hæc cautio, ubi in præsentem consentiunt; et fidejusso stricti juris Quin nec mediante juramento fidejussorem trahi ad alium judicem, post plures relatos Anton. Hering. *de Fidejuss. C.* 20. §. 26. *n.* 2. Sed hæc in mutatione judicis ordinarii. Secus si ab eodem quis delegatus. Cæsar. Ursill. *d. loc. n.* 6. Thesaur. *d. loc. n.* 12. Hering. *d.* §. 26. *n.* 6 vel illi successor datus, Thesaur. *d. n.* 12. quia tunc idem judicium manet, vid.

mittetur stipulatio adversus fidejussores; idque ex consensu: *quia*, inquit Ulpianus, *non hujus judicis sententiæ fidejussores se subdiderunt. L.* 3. in pr. *D. jud. sol.* Idemque est, etsi ab initio ad eumdem judicem itum sit, et res ab eo judicata: sed, sententia adversus actorem lata, cum is appellasset, ventum sit ad judicem appellationis, (10) de quo in cautione nihil convenerat, ut ei judicare liceret, et is defensorem comdemnarit. Etiam hic, inquam, Scævola respondit, stipulationem non esse commissam. *L. pen. D. eod.* quia scilicet et hic alius judex fuit, quam is in quem ab initio defensor et fidejussores ejus consenserunt.

VIII. In re de qua agitur, hoc exigimus, ex eodem consensu partium, ut si quis actione certa acturus stipulatus sit judicatum solvi, etiam eadem actione agat, et de ea judicetur. Quod si quis quasi in rem actionis stipulatus sit judicatum solvi, deinde (11) in personam agat; vel alia actione acturus aliam dictet, non committetur stipulatio: quia, inquit idem Ulpianus, de alia actum videatur, de alia interposita stipulatio: idest quia in eam actionem fidejussores non consenserint: hoc in *L. cum quærebatur*, §. *ult D. jud. sol.*

IX. In persona defensoris non solum hoc exigitur, ut judicetur adversus (12) eumdem defensorem, sed etiam ut judicium accipiatur eum eo, qui tum sit in eadem caussa, in qua fuit tempore interpositæ stipulationis. Quod si quo tempore judicium acceptum est, alia caussa defensionis fuit, placet quanvis re adversus eum judicata non committi stipulationem: hoc in *L. si ante*, *D. eod.* ubi et illud declaratur, quibus modis defensor ante judicium acceptum in alia caussa esse desinat. Est autem hæc sententia, tribus modis id accidere. Uno modo, si hic defensor vere rei procurator fuit, et ante judicium acceptum prohibitus est a domino: dum tamen actor (13) sciens prohibitum esse, egerit. Nam si ignorarit, imputari debet defensori, qui id sciens actorem non monuerit. Altero modo e converso, si qui absentem sine mandato defendens satisdederat, postea (14) ab eo procurator datus hoc modo judicium acceperit. Tertio, si defensor antequam judicium acciperet, hæres reo exstiterit. Quæ si ita sunt, sic jam de hac parte recte definie-

*supra Lib* 17. *C. ult. n.* 13. nisi nomen judicis, in stipulatione expressum, Quomodo accepta dicta declaratio Gifanii, et Thesauri probari poterit.

(10) Facit *L.* 8 §. 3. *de fidejuss.* §. 4. *in fin. satisdat.* Quis vero in specie *d. L. pen.* nominatim judex designatus inde Thesaur. *Decis.* 202. aliud esse si simpliciter fidejussit, pluribus contendit, itaque in Curiis omnibus judicari testatur *n.* 12. et in Rota Romana sic judicatum refert Ant. Gabr. Rom. *Lib.* 3. *Comm. Conclus. Tit. de Fidejuss. Concl.* 4. *n.* 2 Quanvis vero Haring. *de Fidejuss. Cap.* 20. §. 20. idem etsi simpliciter acceptus, statuat, quis, sit idem *n.* 9. *et seq.* etsi caussa eadem, quoad merita, instantia tamen differt, et ita plerosque sentire scribat, quos refert, *ibid. n.* 4. et 5. Et Fachin. 8. *Contr.* 57. quia judicium appellationis, diversum a priori, ideo etsi, in eo prior sententia confirmetur, fidejussionem extendendam non esse. Placet tamen magis Thesauri opinio, quia, ut idem *ibid. n.* 13. non vera mutatur judicium, nec lis dicitur finita. Et, quo maxime moveor, ne in potestate calumniosa adversarii sit, an fidejussores suos teneri velit, sicque adversarius, contra bonam fidem decipiatur. Plane ad vitandas cavillationes monet idem expedire, ut fidejussio extendatur in omni instantia etc. Quod si ab interlocutoria appellatum, fidejussionem non expirare, minus dubii videtur, cum *d. L. pen. h. t.* de hac accipi non possit, ceu jure civili non probata Ita tamen, post multam demum disceptationem obtinuisse, innuit Cæsar Ursill. *Annotat. ad Decis. Afflict.* 182. *n.* 6. Qui in istantia Revisionis etc. Vid Anton. Hering. *d.* §. 20. *n.* 26. *et seqq.*

(11) Qua de re vid. A. Hering. *de fidejuss. C.* 20. §. 26. *n.* 24. *et seqq.* ubi *n.* 38. *et seqq.* inquirit, num possit ad actionem priorem reverti, quod ita statuit, si eodem judicio errorem corrigat.

(12) Non si translatum judicium a persona defensoris in dominum *L.* 1. §. *fi. Quib. mod. pig. solv.* quia ea personæ mutatio necesse est perimat stipulationem; cum fidejussores non pro re sed pro defensore intervenerint. Etsi aliud sit, judicio a persona Procuratoris actoris translato, ut *supra N.* 4. quia hic persona mutatur, non judicium; quod cum omnibus qualitatibus transit, A. Faber *ad d. L.* 27. Nec obstat verbis stipulationis ea mutatio, quæ in illa non solet comprehendi, Gifan. *ibid. n.* 7.

(13) Ut vero sciri possit, intimanda est revocatio Procuratoris judici, vel parti; alias gesta per eum tenent, quoad præjudicium revocantis *C. mandatum* 18. *extra h. t.*

(14) Quia, qui antea ceu defensor satisdedit, postea tanquam Procurator in judicio versatur, et sic mutata conditio ejus, pro quo fidejusserunt. Aliud est, si qui mandato carens, satis accepit, postea, mandato accepto, egit *L.* 11. *Qui satisd. cog.* quia eadem est persona ejus, cui ab initio voluerunt obligari fidejussores; ita Ant. Fab. *ad d. L.* 11. Et ille tanquam Procurator satis accepit; Unde mandatum post interpositam cautionem secutum firmat gesta et gerenda, vim habens mandati, quoad futura, et ratihabitionis tacitæ, quoad præterita, Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 15. *n.* 9.

mus, ex clausula de re judicata sic stipulationem committi ob rem judicatam, si res judicata erit ab eo judice, ad quem stipulator stipulatus est ab initio judicatum solvi; et quæ initio actio instituebatur, etiam de ea judicatum sit; et judicatum adversus eum defensorem, qui quo tempore judicium accepit, in eadem caussa fuit, in qua tum cum satisdedit.

X. Re ad hunc modum judicata, sic committitur ex hac parte judicatum solvi stipulatio, ut statim (15) committatur, et statim dies ejus cedat: diem enim nullum habet stipulatio, quæ verbis pure contracta est. Placet tamen hic quoque idem tempus inesse ad solvendum, quod reo principali indultum est, in quod adversus defensorem et adversus fidejussores exactio differatur. *L.* 1. *D. jud sol.* Id tempus est legitimum, quod judicatis ad solvendum humanitatis caussa indulgetur *L. intra. D. de re jud. L. cum militi*, §. 1. *D. de comp.* Recte autem putatur id quoque tempus inesse stipulationi judicatum solvi. Inest enim re vera hoc ipso, quod promittitur solvi judicatum: quoniam judicatu, hoc ispo quod tale est, adjunctum est jure superius illud beneficium dilationis, de quo dixi.

XI. Commissa ex hac clausula stipulatio quid petat, seu ad quod committatur, ipsa per se ostendit. Promittit enim judicatum solvi. Nempe et in hoc ipsum committitur quod judicatum est: ut quemadmodum a defensore id solvi debet, ita et ut debitum peti possit a stipulatore. Quod cum Ulpianus posuisset in *L.* 9. *D. jud. sol.* ex eo collegit ibidem, judicatum solvi stipulationem expeditam quantitatem habere. Expeditam, idest, certam. Recte. Nam si semper sententia judicis certam quantitatem continere debet, alioqui futura inutilis §. *curare*, *Inst. de act. tit. C. de sent. quæ sine cert. quantit. prof.* non potest, quin sit certa quantitas de qua judex pronuntiaverit, si modo recte pronuntiavit. Non est contrarium huic sententiæ, quod Paulus scribit in *L.* 2. §. 1. *D. de præt. stip.* his verbis: *incertam quantitatem continet stipulatio judicatum solvi.* Nam pro diversis temporibus, de quibus auctores sentiunt, recte utrumque dicitur. Judicatum solvi stipulatio certam quantitatem habet tunc, cum committitur. Tunc enim committitur, cum ante judicatum est, et res judicata certam quantitatem expressit: ac de hoc tempore aperte scripsit superius illud Ulpianus. Eadem stipulatio Paulo incertam quantitatem habet: nempe ab initio (16) seu conceptione ipsa stipulationis: de quo tempore semper existimandum est loqui scriptorem, qui de stipulatione loquitur, nisi appareat eum de alio tempore sensisse.

XII. Altera clausula judicatum solvi stipulationis est de re defendenda, qua promittitur rem defensum iri. Hæc clausula quomodo committatur, et quam ad rem, ex communi lege stipulationum faciendi judicandum est. Promittitur hic rem defendi. Stipulationum quæ in faciendo sunt, conditio est hæc, ut verbis promittatur factum quod in stipulationem deductum est: re ipsa promittatur pecunia, seu id quod interest, sub conditione, si factum non sit id, de quo cautum est. Unde dicitur et in his stipulationibus venire ab initio id quod interest, si factum non sit quod debuit, *L. si pœnam*, *L. stipulationes non dividuntur*, vers. *Celsus*, *D. de verb. obl.* Pertinet igitur hæc lex et ad hanc clausulam, quæ in faciendo est: ut dicendum sit stipulatio-

(15) Et committitur igitur contra Procuratorem qui promisit, et fidejussores; in dominum vero ex stipulatu actio non datur *L.* 28. *de Procur.* Neque enim uti melior domini conditio stipulatione Procuratoria reddi potest; ut *supra N.* 4. ita et deterior promissione, Gifan. *in d. L.* 28. *n.* 5. Et male itaque Ant. Faber negatione, ceu irreptitia submota, legit, *in me actio datur*, quia ait idem, domino actio ex stipulatu utilis, quia eidem actio judicati. Ergo et contra dominum reum, actio ex stipulatu, quia in eum, et solum regulariter, judicati actio. Sed negatur consequentia, ex prædicta ratione. Accedit, quod per alium, litigantis conditio non deterior esse debet, quam si per se. Dominus vel Principalis actor si ipse egisset: utique a Procuratore, vel defensore rei itidem satis accepisset; sicque præter judicati actionem etiam ex stipulatu haberet. Dominus vero reus, eodem casu, cautione præstanda non oneraretur *L.* 5. §. *ult. Quib. ex ca. in poss.* Quare, nihil est, cur actor ex stipulatu actionem in dominum desideret. Inauditum denique ex promissione alterius, alium, vel utiliter obligari. Nam regula quidem *alteri stipulari non licet*, exceptiones plures habet; illa vero *de alio promittere non licet*, nullas, vid. *supra Lib.* 12. *Cap.* 16. *et seqq.* Tantum abest ut hic, qui non de alio, sed de se promisit, alium obliget. Quia ubi ex facto alieno quis tenetur, ut in actione quod jussu, exercitoria, institoria: non illa tamen actio, quæ ex gestione cum altero oriri solet, sed peculiaris et propria. Ex gestis vero cum Procuratore contra dominum, nulla actio prodita *supra Lib.* 15. *Cap.* 49. *vers. nec si.*

(16) Cum non constat, in quantum reus damnabitur, eventusque judicii incertus, Pac. 7. *Enant. Q.* 48.

nem ex hac parte tunc committi, cum quod in hac defensione ex stipulatione præstari debuit, constabit præstitum non esse. Videndum igitur, quid hic promittatur, ut præstari debeat; quo præstito scilicet, satisfiat stipulationi, non præstito, stipulatio committatur. Et apparet hac clausula promitti defensionem rei de qua controversia est, cum stipulatio interponitur. Quæ si verba tantum sequimur, quandocunque ea res de qua tempore stipulationis agebatur, non defendetur, committi videbitur stipulatio: et rursum cum ea defendetur, non committi, qualiscunque defensio ejus rei fuerit oblata. Quorum utrumque secus est, dum a verbis discedentes, id quod a contrahentibus agitur, spectamus. Rei defensio enim promittitur, rem hic accipimus quæ defendi judicio debet, et quatenus defendi debet. Non est enim defensio, nisi ejus rei, quæ subest, et quæ natura sua defensionem recipit. Nam quæ non recipit, in ea aut impossibilis est, aut contra mentem contrahentium defensio: quorum utrumque obstat obligationi. Nam neque impossibilium ulla obligatio est. *L. impossibilium, D de reg. jur.* neque ulla ex contractu præter consensum *L. inter*, §. 1. *D. de verb. obl. L.* 1. §. 1. *D. de pact. L. non omnis, D. si cert. pet.* Sed et defensionis verbo non quamlibet defensionem intelligere debemus, sed justam, et qua fiat, ut res recte defendatur. *L.* 5. §. *ult.*. *D. jud.* Nam quæ secus defenditur res, ea vitiose defenditur: quod autem vitiose fit, id nec fieri videtur. *L. quoties, D. qui satis cog.* Hinc de implenda aut committenda hac parte stipulationis judicetur.

XIII. Nempe ergo duæ res hac parte obligationis promissorem singulæ liberant: contrariæ conjunctæ ob rem non defensam stipulationem committunt. Duæ liberant, et hæ per se singulæ: res quæ defendi posse desiit, et recta defensio. Pro quo Africanus dixit hanc stipulationem, quæ de re defendenda est, simul atque defendi cœperit, aut defendi debere desierit, resolvi in *L. hæc stipulatio, D. jud. sol.* In primis res ipsa, quæ defendi debere desiit, promissorem liberat. Ea res defendi debere desinit, cujus lis sive actio post interpositam stipulationem judicatum solvi mortua finitave est: ut proinde de ea nec judicium, nec judicii defensio postulari aut expectari debeat. Quocunque ergo modo accidat, ut ita lis finiatur, puta solutione, transactione, acceptilatione, vel quo alio modo ex iis, quibus solvuntur obligationes; placet evanescere ob rem non defensam clausulam *L. cum quærebatur*, in fin. princ. *L.* 2. *jud. sol.* Ergo etsi reus cujus defensor satisdedit, heres exstiterit petitori, ut sic tolleretur obligatio confusione. *L. si petitor, eod.* Idem est, si homo petitus mortuus sit citra moram debitoris ut sic ejus interitu debitor liberetur, aliter atque, si perierit post litem contestatam, utpote mora jam facta. *L. si servus, eod.* Atque hoc illud est, quod aliis verbis ita definitur in (17) *L. vir. bonus*, eod. *vir bonus non arbitratur indefensam esse rem, de qua prætor judicium accipere non cogat.* De ea prætor judicium accipere non cogit, cujus obligatio et actio sublata est vel ipso jure vel per exceptionem. Atque hæc est quæ judicio defendi posse desiit. Hanc vero rem non arbitratur vir bonus indefensam esse: non quod ea videri debeat defensa, quæ re vera defensa non est: sed quod cum rem indefensam esse dicimus, intelligimus eam rem quæ alioqui defendi debuerit. Quo in numero non est ea, cujus petitio sublata est de qua proinde prætor judicium accipere non cogat. Et merito hæc dicitur defendi non debuisse, atque adeo non potuisse; quorum defensio ista judicii defensio intelligitur: actione autem sublata nullum judicium esse potest jure debiti persequendi caussa.

XIV. Observandum est autem superius dictum esse de re, de qua tota prætor judicium accipere in universum quemquam non cogat. Non idem probandum est, si res sit in ea caussa, ut duret de ea re obligatio et actio, sed reus propter conditionem aliquam privatam personæ judicium accipere non cogatur. Ut puta reus

(17) Potest et sic accipi d. L. 18. si una aliqua caussarum intervenerit, de quibus *infra Cap.* 16. *lit. B. et seqq.* Quomodo Cujac. 6. *ad Afric. in L. ultim de Procur.* tres vel quatuor intellectus recipere *d. L.* 18 Sed jungendam esse *L.* 44. *de Procur.* Species, ait, sic ponenda. Cavit defensor, vel Procurator judicatum solvi; Recusat litem contestari, caussa reddita quod capitales inimicitias, exem. gr. in se ceperit reus. Hic præter justam caussam, necesse est nulla sit captio actoris, propter temporis tractum. Alioqui nihilominus defendere cogitur, hactenus ut præscriptio interrumpatur, *L.* 12. *de Procur.* Si igitur et justa caussa et nulla captio actoris non committitur stipulatio, quia id vir bonus non arbitraturus.

pro suo defensore satisdedit judicatum solvi, quod ei facere concessum est: et ita defensoris sui personam firmare. §. *sin autem*, *Inst. de satis.* Deinde reus demens factus est. Cum demente nec judicium, nec quidquam aliud, quod negotium in se habeat, interponi gerive potest. *L. in negotiis D. de reg. jur.* ut proinde nec demens judicium accipere cogatur. Aut idem magistratus creatus est, qui jure publico in jus vocari non possit, eoque nec judicium accipere. *L. 2. D. de in jus voc. L. pars. D. de jud.* Placet nihilominus si res ab alio non defendatur. committi stipulationem ob rem non defensam, et fidejussores teneri. *L. 3. §. si reus*, *L. si reus*, *D. jud. sol.* scilicet quia hic non res, de qua prætor judicium accipere non cogat; sed tantum persona quam non cogat, re interim integra manente, quæ defendi possit, et debeat.

XV. Altera res superiori clausulæ satisfacit, atque hoc modo promissorem hac parte cautionis liberat, recta et idonea rei defensio. Rem aliquo modo defendi debere, verba promissionis ostendunt: Est autem defendere, judicium accipere de ea re de qua agitur. *L. sed et hæ §. defendere*, *D. de proc.* Sed jure fit, et sententia contrahentium, ut hic amplius res debeat recte defendi. *d. L. 5. §. ult. jud. sol.* quia, ut dixi, nec videatur defensum quod vitiose defensum est. *d. L. quoties*, *cui satis. cog.* Recte defendi intelligitur res, quæ defenditur a quibus oportet, quomodo, quo loco, et quo tempore oportet: ut ad rectam istam defensionem hæc spectanda sint; persona defensoris; defendendi modus; defensionis locus; et tempus. In persona defensoris quis ad defensionem accedat, nihil interest: isne defensor qui satisdedit, an alius quivis ejus aut rei principalis nomine In satisdatione nova interest. Sunt enim ex istis alii, qui sine ulla nova satisdatione judicatum solvi, recte defensionem suscipiant: sunt, qui sine nova satisdatione non admittantur. Si quæ personæ in stipulatione demonstratæ sint, per quas rem defendi liceret, conventio facit, ut per eas recte res defendatur sine alia cautione. *L. 5. §. nunc videamus*, *D. jud. sol.* Si defensor extrinsecus interveniet, inter hos etiam dominus recte et suo jure defensionem suscipit sine satisdatione: usque adeo, ut (18) etiam lite cum uno ex fidejussoribus contestata possit is defensionem suscipere; et quidem ita, ut fidejussor, cum quo actum fuit, absolvi debeat: dum tamen dominus defensionem suscipiat ante rem judicatam: alioqui, fidejussore qui judicium acceperat condemnato, sera sit defensio ejus, adversus quem judicium esse desierit: hæc in *L. 3. §. ult. L. 4. L. 5.* in pr. *D. jud. sol.* Alius extraneus si ad defensionem accedet, admittetur is quidem, nec committetur judicatum solvi stipulatio: sed ita, si paratus sit rem boni viri arbitratu defendere, idest satisdare. *d. L. 5. §. nunc videamus*, *jud. sol.* Novus enim defensor hic est, et is plane extraneus. Proinde et nova satisdatione ad defensionem indiget. Idque efficit regula juris, quæ dictat neminem idoneum defensorem esse sine satisdatione. *L. qui proprio*, *§. eum qui*, *D. de procur.* In numero horum extraneorum defensorum habentur etiam ipsi defensoris fidejussores, qui stipulatione ad defensionem comprehensi non sunt: ut his quidem defendentibus non committatur stipulatio ob rem non defensam, quia recte cum illis res judicata sit: sed tamen tanquam reliqui extranei defensores satisdare debeant: hæc sententia est *L. 5. §. si ex fidejussoribus*, *jud. sol.* Modus defendendi hic est, ut res in solidum defendatur. Pro parte defendi non potest: ut proinde quanvis unus ex pluribus fidejussoribus, aut unus ex pluribus heredibus defensoris paratus sit rem pro parte defendere, tamen res in totum indefensa intelligatur, committaturque stipulatio etiam adversus eum, ob rem indefensam. Sic sunt facta, et faciendi stipulationes, ut divisionem non recipere existimentur. *L. stipulationes non dividuntur*, *D. de verb. obl.* Et nominatim (19) hoc de defensione scriptum est in *L. cum ex caussa*, 139. *D. de verb. obl.* Inde dictum in *L. ex clausula*, *D. jud. sol.* ex

(18) Et sic dominus potest purgare moram, quia lis non secum contestata est. Ergo per *tit. C. Res. int. al. act.* Fidejussor autem sic liberatur non ex purgatione moræ, sed accessionum natura *Don. ad L. 91. §. 3. de V. O. n.* 13.

(19) Et ne, defensione scissa, durior reddatur actoris conditio. Contra, ubi plures sunt fidejussores, si vel unus ex his pro solido defendat, non committitur contra eos qui non defenderunt *L. 42. §. ult. de Procur.* quia hæc stipulatio, non ad personam, sed ad factum ipsum impersonaliter refertur. Ant. Fab. *ad d. §. ult.* Quid si stipulatus a duobus fidejussoribus, unum liberavit, num actio contra alium in solidum tenet, vid. Matth. de Afflict. *Decis. Neap.* 182. *n.* 10. *et seq.*

clausula de re judicata, de dolo malo: ob rem non defensam in solidum committi stipulationem: idque hac ratione, quod non videatur defensa res boni viri arbitratu, quæ non in solidum defensa sit. Optima ratio præcedentis sententiæ. Nam si res non defenditur, necesse est in solidum committi stipulationem ejus rei quæ in solidum defensa non est. Sin recte defenditur, tum et hæc ipsa in solidum defenditur; ut consequens sit et de ea in solidum judicari, sive recte sive perperam. Sed et hoc in modo defendendi est, ut si plures sint unius rei fidejussores, plures defuncti heredes rem per alium defendere parati, necesse habeant unum procuratorem dare per quem res defendatur, si hoc actor postulet: ne actio per plures scissa incommodo aliquo afficiat actorem. *L.* 5. §. *pen. eod.* Defendendi locus idoneus est, ubi agi debet, ut est in *L.* 5. §. *ult. jud. sol.* hoc sic accipe, ubi agi debet eum reo, idest, ubi reus conveniendus est, et se defendere debet: nam actor rei forum sequitur. *L.* 2. *C. de juris om. jud. L. ult. C. ubi in rem act.* Atque is locus ideo et defensori constitutus est quo res recte defendatur; quia ubi reus principalis defendi debet, ibi æquum est et eum judicium subire, qui rei vice fungitur. Is autem est alienæ rei defensor. *L. venditor, D. de. jud. L. minor.* in fin. *D de mino.* Quod attinet ad tempus defensionis, omne idoneum est defendendi tempus, quo quis, dum superiora concurrant, ad rem defendendam accedit: si modo nondum actum sit ob rem non defensam, et lis eo nomine (20) contestata. *L. dum quærebatur*, illic, *proinde videndum*, *D. jud. sol.* Idque est, quod dicitur, ob rem non defensam stipulationem non committi, quandiu potest exsistere qui defendat, in *L.* 3. §. *pen. eod.*

XVI. Sunt ergo, ut dixi, hæ res duæ, quarum unaquæque efficiat, ne ex clausula de re defendenda videatur res indefensa, ideoque et hac parte stipulationis promissorem unaquæque liberet; lis finita, et idonea defensio. Quod si ita est, sequitur, ut contrariæ conjunctæ committant stipulationem ob rem indefensam; res eadem perseverans, et hujus rei omissa aut defensio omnis, aut idonea defensio. Sic igitur cum de stipulatione ex hac parte committenda agetur, recte definiemus: stipulationem judicatum solvi tunc committi ob rem non defensam, cum et res in ea caussa fuit, ut defendi deberet, manente scilicet obligatione priore et actione, neque ea res judicio defensa est, aut quod idem valet, defensa est non recte: puta, defensa non a quibus oportet, non in totum, non quo loco, quove tempore oportet.

XVII. Commissa ob rem non defensam stipulatio judicatum solvi, committitur non in expeditam et certam quantitatem, ut ex superiore clausula; sed in incertam. Est enim hic stipulatio faciendi, qua promittitur rem defensum iri. Dixi supra legem communem stipulationum faciendi hanc esse, ut si non fiat quod promissum est, pecuniam, idest id quod interest dari oporteat. *L. si pœnam*, *L. Stipulationes non dividuntur de verb. obl.* §. *ult. Inst. eod.* ut vere dicturi simus stipulationem judicatum solvi quatenus de re defendenda promittit, incertam quantitatem habere, et ab initio, et tunc quoque cum commissa est, atque ex ea agitur. Illud videndum, quid sit illud, quod interesse putemus actoris rem defensam esse, ut peti possit. Et hactenus actoris interesse recte dicemus, quatenus ei debetur, aut actione propter rem non defensam amissa debitum fuit: quia id ipsum est scilicet, quod consecuturus fuisset, si res recte defensa secundum eum judicata esset. Itaque agens stipulator ex hac parte in id quod interest, quoniam petit quod sibi debetur, aut sibi debitum fuit, etiam id probare debebit: nec prius id consequetur, quam de eo judicatum fuerit.

XVIII. Sed verendum est, ne hæc sententia falsa sit. Nam si petitur id quod debetur, non agetur ex stipulatione judicatum solvi ob rem non defensam, sed utique vetere actione ut videtur; non aliter, quam ageretur ab initio adversus reum ipsum, aut defensorem ejus, qui maxime parati essent judicium suscipere Quo casu nemo diceret agi

(20) Ergo si lis nondum contestata, etsi actum sit, stipulatio nondum commissa, quia adhuc defendi potest *L.* 3. §. *pen. h. t.* Quare prius actum erit, quam stipulatio commissa, quod absurdum. Resp. Don. *ad L.* 9. *de V. O. n.* 10. vere hic sola commissam esse, quia in stipulatione faciendi duæ obligationes: una ad factum, altera ad id, quod interest. Et hæc, ad interesse, quæ conditionem habet in non faciendo, incipit non e conditione, sed alias stipulatione. Ergo per *L.* 115. § *ultim. de V. O.* Creditur autem non commisse *d.* vers. *proinde.* quia non præcise et efficaciter, sed potest reus evitare actionem ad interesse, offerendo defensionem, quod et aliis facti obligationibus generale est, *L.* 81. *de V. O. L.* 1. *de pen. leg.*

adversus hos ob rem non defensam. Præterea si petitur hic quod debetur, et quod debetur est certum: quomodo hic defendemus agi in id quod interest, cum id quod interest statuamus esse incertum? Et utrumque fatendum est, non agi scilicet de eo quod creditori debetur ex stipulatione ob rem non defensam, neque si id certum est. in eo peti id quod interest, si actione vetere adhuc integra agatur adversus ipsum defensorem paratum judicium suscipere. Tum enim palam est agere creditorem vetere actione, et petere idem, quod ab initio petiturus erat a defensore. Sed finge dum res non defenditur, actionis tempus creditori exiisse. Hic jam non potest agi vetere actione quæ finita est, ex quo necesse est (21) agi solum posse ex stipulatione judicatum solvi ob rem non defensam, etiam si maxime agatur adversus ipsum defensorem, non ejus fidejussores. Quod ad summam petitam attinet, etiam hanc in hac petitione incertam fieri necesse est et peti sub appellatione aut intentione ejus quod interest: quoniam incertum fit, an ob rem non defensam actio perierit; incertum, quatenus. Adde quod petuntur hic etiam impensæ futuri judicii; quæ quanto majores minoresve futuræ sint, quam si olim actum esset, non minus incertum est. Sed etsi creditori actio vetus sit integra: tamen si defensore absente, et re ab eo non defensa agetur adversus fidejussores; etiam hic necesse erit agi adversus eos non vetere actione, qua creditori non tenentur, sed ex stipulatione ob rem a promissore non defensam, cujus nomine fidejusserunt: quo casu et eadem petitio erit in id quod stipulantis interest, et similiter incerta.

XIX. Quoniam autem ex hac parte ob rem non defensam committitur stipulatio in id quod interest; eveniet, ut si plures sint fidejussores, aut plures heredes defensoris, quanvis prius dixerimus omnes in solidum defendere debere, si defendendo liberari velint; re tamen in solidum non defensa, ita omnes teneantur singuli duntaxat pro parte sua. *L. cum ex causa*, 139. *D. de verb. obl.* Neque hæc contraria esse quis existimet. Ideo enim omnes in solidum defendere debent, quia hoc ipsum defendere quod facti est, divisionem non recipit. Cum autem re non defensa commissa est stipulatio, cœpit ex illo deberi id quod interest, idest pecunia quæ divisionem recipit: hoc sic explicatur in *L. stipulationes non dividuntur*, 72. vers. *Celsus*, *D. de verb. obl.* Hinc responsum Neratii in *L. ex judicatum*, *D. jud. sol.* si ex judicatum solvi stipulatione ob rem non defensam cum uno ex fidejussoribus agatur, et is partem suam tantum offerat, audiendum esse, nec cogendum judicium accipere; quia sine judice tantum offerat, quantum si judicio damnaretur ob rem non defensam, præstare adversario cogeretur.

XX. Committitur ex hac parte stipulatio in id quod interest, statim et sine exceptione, ut est conceptio clausulæ de re defendenda, qua nihil amplius promittitur, quam rem defensum iri. Placet tamen cum ex stipulatione judicatum solvi ob rem non defensam agitur cum fidejussoribus, non esse iniquum his desiderantibus priusquam solvant, creditorem cavere se dominum priore judicio absoluturum: ne omissa cautione fidejussores mandati actionem adversus reum non habeant, quia non ex bona fide rem ejus gesserint, aut certe cogantur eum priore judicio defendere: hoc in *L. si ex duobus*, §. 1. *D. jud. sol.* Quod sic fieri æquum est, nempe habere fidejussores in eam rem doli mali exceptionem, qua exactio pecuniæ ob rem non defensam debitæ differatur. *L. 1. D. de dol. mal. et. met. exc.*

XXI. Sequitur tertia clausula hujus stipulationis, quæ est de dolo malo, quæ quia inter superiores clausulas ponitur postremo loco, *d. L. 6. jud. sol.* ideo dicitur *novissima clausula*, *judicatum solvi stipulationis* in *L. novissima eod.* Committitur stipulatio ex hac parte, ut verba ostendunt, cum dolo malo quid factum erit in lite, quo res secus transigatur, quam oportet. Id non male diximus fieri dupliciter. Uno modo, si dolo malo et malitiosa frustratione id agatur a defensore heredeve ejus, ne controver-

(21) Male vero Gœd. *de Contr. stip. C.* 5. *n.* 250. cautionem hanc non interponi, ut nova quæratur actio contra principalem, vel defensorem: sed ut dominus litis, et qui satisdat, permittat secum judicio agi, et judicatum faciat; id si recuset: ut fidejussores pulsentur. Nam imo judicati actio regulariter contra Procuratorem qui satisdedit, non datur *L.* 31 *de Procur.* Et nova hinc actio diversa ab actione judicati, quæ et prius instituenda contra eum qui satisdedit, nisi fidejussores excussionis beneficio renunciaverint. Neque hic finis est cautionis, quem Gœddeus ponit. Quidni enim perinde actio judicati teneat contra dominum, etsi forte hæc cautio a Procuratore, defensoreve ejus, non exacta. Sed ia, ut plenius cautum sit actori, si actionem judicati forte contra dominum intentare nolit, eove egestate illius inanis future etc.

sia ad exitum perducatur (22) *L. ult. de proc.* Altero, si dolo malo ejus fiat, ut res perperam judicetur: puta, aut subornatis testibus, aut prolatis falsis instrumentis, aut judice pecunia corrupto. Sed non cujuscunque dolo alterutrum horum factum erit, semper committitur stipulatio. Si simpliciter promissum est judicatum solvi, aut cum nominatim de dolo comprehensum esset, solum cautum sit *dolum malum abesse, abfuturumque esse*, continebitur solum dolus defensoris, heredumve ejus; extranei non continebitur, alioqui videretur reus factum alienum promisisse: nemo autem alienum factum promittendo obligatur. Quod si adiectum sit, *si huic rei rei dolus malus non aberit, tantam pecuniam, aut quanti ea res erit, dare spondes?* (23) *etiam ob extranei dolum promissor tenebitur:* hic enim ad facti alieni cautionem pœna adjecta est: quæ promissa quacunque conditione dum non impossibili aut turpi promissa erit, exsistente conditione committitur: hæc in *L. novissima. D. jud. sol. L. stipulatio ista*, in pr. et §. *si quis dolum*, §. *alteri*, *D. de verb. obl.*

XXII. Hoc modo commissa stipulatio, si pœna certa promissa non est, committitur ex hac quoque parte in id quod stipulantis interest, ut evenit in omnibus faciendi obligationibus. *L. in stipulatione, D. rem rat. hab.* Interest autem ejus hactenus, quatenus ei debetur. Quo probato, non obstabit ei prior sententia minorem sententiam continens, aut actio dolo malo defensoris forte amissa, quominus et defensor et fidejussores condemnentur in id quod vere debebatur.

XXIII. His cognitis de singulis clausulis judicatum solvi stipulationis: quando, et ad quid committantur singulæ intellectum est. Nondum tamen ipsa stipulatio tota plane exposita. Una quæstio superest, nota ex numero superiorum clausularum, committaturne tantum hæc stipulatio harum clausularum ex una, an vero possit ex pluribus, puta ob rem non defensam, et ob rem judicatam. Ac cur non possit ex pluribus, dicat aliquis? alioqui quorsum dicatur plures clausulas continere? Et placuit in hac stipulatione plures quidem caussas esse committendæ stipulationis, quarum singulæ ex singulis clausulis superioribus nascantur; sed omnes una quantitate clausulas esse: idcirco in unius ejusdemque persona non posse stipulationem committi ex pluribus clausulis: si denique ex uno casu commissa erit, amplius ex alio committi non posse. *L.* 5. §. *in hac stipulatione*, 1. *L. ult. D. jud. sol.* Neque admodum obscura ratione hæc sententia efficitur. Necesse est enim omnino rem de qua agitur, aut defendi aut non defendi. Si defenditur; quia non potest defendi nisi in totum, ut supra ostendimus, necesse est etiam, ut in totum judicetur. Si recte judicatur, removentur caussæ cæteræ, unaque hic committendæ stipulationis caussa est res judicata: ut proinde non possit hic committi stipulatio nisi ob rem judicatam. Si judicatur dolo malo perperam: hic quoque remotis caussis cæteris, non potest committi stipulatio nisi ob dolum, ubi stipulator sententiam improbet. Quod si res non defenditur, hic rursum non potest committi stipulatio nisi ob rem non defensam, nisi quis frustratione dolo malo interposita, et ita actione amissa, agi posse putat ob dolum. Sed et hic quoque ob unam hanc caussam stipulatio committetur. Ita una semper caussa ex his relinquitur, propter quam judicatum solvi stipulatio committatur. Exstitit tamen dubitatio in specie hujusmodi, quam tractat Ulpianus in *L. cum quærebatur, D. jud. sol.* Defensor satisdedit judicatum solvi. Conventus ab actore judicium suscepit, atque ita cœpit rem defendere: sed postea, inquit Ulpianus, *ex heremodicio sententiam passus est*, idest, postea litem deseruit, et ob litem desertam tanquam contumax condemnatus est secundum formam *L. et post edictum, D. de jud.* Hic videri potest defensor in ea caussa esse, ut eodem tempore et res ab eo non sit defensa, et sit adversus eum judicatum. An non igitur, ut hic utraque caussa concurrere videtur, ita et ex utraque committetur stipulatio? Et Ulpianus in *d. L. cum quærebatur*, disserit, non posse ne hic quidem stipulationem committi, nisi ex altera caussa. Quod si quæratur, ex utra caussa hic committatur, utrumne ob rem non defensam, an vero ob rem judicatam: magis esse probat, ut committatur ob rem judicatam. Et recte. Satis enim videtur defensa, eo quod judicium ab initio susceptum est, ex quo deinde sententia est secu-

(22) Sed ex verbis *d. L. ult.* apparet committi hic, ex secunda clausula, Cujac. 6. *ad Afric. in d. L. ult.* quia non in solidum defendit, qui defensionem non peragit, Gifan. *ibid. n.* 5.

(23) *L.* 38. §. 13. *de V. O.* quia alieni facti promissio, nisi certæ vel incertæ pœnæ stipulatione muniatur, irrita, Gœd. *ad L.* 69. *de V. O. n.* 4. et 5.

ta. Ispe reddit et hanc rationem, quod non videatur commissa stipulatio de re non defensa: nisi ex stipulatione lis fuerit contestata ob rem non defensam. Quod in proposito factum non est, ubi lis contestata fuit cum defensore ex vetere actione, non ex stipulatione. Et hoc est, quod aliis verbis scribit Scævola (24) in *L. ult. eod.* cum ista duo concurrere videntur, res non defensa, et res judicata, ut fit in superiore specie, semper prævalere rei judicatæ clausulam, eamque solam committi. Sed hoc totum dictum est, cum agitur de unius persona, adversus quem stipulationem committi velimus.

XXIV. Cæterum in persona plurium nihil prohibet, quominus adversus diversos committatur stipulatio ex diversis caussis, puta adversus unum ob rem non defensam, adversus alterum ob rem judicatam: finge duos esse fidejussores, aut duos rei promittendi heredes. Si alter rem non defendat, alter defendat: is qui non defendit, ob rem non defensam conveniri potest: ille qui defendit, adversus quem res judicatur, ob rem judicatam *d. L. ult. D. jud. sol.*

*Rem ratam haberi.*

XXV. Hæc de satisdatione judicatum solvi. Sequitur satisdatio Rem ratam dominum habiturum. Hanc, ut diximus, præstat procurator actoris in dubio mandato, et præstat reo, quo illi cautum sit, ne dominus iterum de eadem re agat, aut illo agente indemnis a procuratore præstetur. Id quomodo reus consequatur hac stipulatione quærimus. In quo similiter de vi et potestate hujus stipulationis quæritur. In eo eædem illæ quæstiones sunt tres, quæ supra; Quomodo hæc stipulatio recte contrahatur; Contracta quando committatur; Commissa ad quid committatur, ut sit hic idonea præstatio ad indemnitatem, quam quærimus.

XXVI. Sic recte contrahitur si stipuletur is rem ratam haberi, qui stipulari potest. Potest autem sine controversia reus cum quo agitur; hic enim sibi stipulatur. Potest et tutor, item et curator. Hi pupillis suis et adolescentibus dari quid aut fieri etiam recte utiliter stipulantur, ut his saltem acquiratur actio utilis. *L. 5. §. si actori, D. de pec. const.* Non recte stipulatur procurator rei, quanvis sit verus procurator. Nam si stipulatur dominum cujus nomine agitur rem ratam habiturum, ne is iterum de eadem re secum agat frustra stipulatur: quia dominus adversus eum nullam actionem habet. Si stipulatur ne dominus iterum agat cum reo, æque stipulatur inutiliter. Stipulatur enim alteri: quod regula juris vetat. *§. alteri, Inst. de inut. stip. L. quæcunque gerimus, D. de obl. et act.* Valetque ea regula etiam in vero procuratore, qui stipulatione in dominum collata, ei quid stipuletur: usque adeo, ut ne (25) utilis quidem inde actio domino acquiratur, ut declaratur in *d. L. 5. §. Julianus* juncto *§. si actori, D. de pec. const.*

XXVII. Recte contracta stipulatio rem ratam haberi impletur, cum dominus rem ratam habeat: quo casu maxime cautum est reo ad eam rem, cujus potissimum caussa hæc stipulatio comparata est. Sic enim is consequitur, ne dominus amplius de eadem re secum agat: quæ ratio fuit hujus stipulationis exigendæ. *Inst. de satis.* in pr. Natam ut e superiore capite diximus, si reus condemnatus pecuniam solvisset vero procuratori, ipso jure liberatus esset: *L. vero, D. de sol.* eoque nec metueret domini actionem, quam ille ipso jure habere desiisset. Sin reus vero procuratore agente esset absolutus, nancisceretur saltem exceptionem rei judicatæ, etiam adversus dominum ipsum, tanquam qui ipso judicio egisset per procuratorem: qua exceptione tutus dominum agentem summoveret. Ergo etsi res gesta fuerit cum falso procuratore, eadem ista reus consequetur, si dominus ratum habuerit. Quod enim efficit in vero procuratore domini mandatum, id in falso procuratore (26) efficit domini ratihabitio postea secuta: quoniam ratihabitio mandato comparatur. *L. vero, §. ult. de sol. L. ult. C. ad Maced.* Committitur contra hæc stipulatio faciendi: quo in genere inest hæc conditio, si factum non sit quod promissum est. Promissio autem, ut si factum non sit, pecunia præstetur, seu id quod interest, ut supra diximus. Sic autem est constituta omnis conditionalis stipulatio, ut deficiente conditio-

(24) Tametsi illa verba, ceu Triboniani glossema damnet A. Fab. 12. *Coniect.* 17. sed male. Sensus enim est, quod ubi in ejusdem persona videri potest utraque clausula comissa, tunc ex sola priori effectum sumat.

(25) Utilis actio, non quæri potest domino, nisi Procuratori directa quæratur. Hic vero directa non potest considere in persona Procuratoris.

(26) Nicol. Valla *de Reb. dub. Tr.* 18. *n.* 30. Consumit hanc stipulationem ratihabitio subsequens, vel mandatum præcedens. Si nempe verus Procurator fuit qui cavit, sed mandatum non perfecte probavit.

ne resolvatur; existente committatur: §. *sub conditione*, *Inst. de verb. obl.* Itaque hic maxime utrumque illud quærendum est, et quando dominus videatur ratum habere, et quando ratum non habere. Prius cognitu necessarium procuratori qui cavit, eum is in judicio probare debet dominum ratum habuisse: posterius reo, eum et dominum non habuisse ratum in judicio probare cogitur. Quorum utrumque utrique diversis temporibus accidit. Si procuratori pecunia a reo extra judicium soluta sit, potest reus hanc ab illo repetere conditione ob caussam caussa non secuta. In qua actione procuratorem statim vinci necesse est, nisi dicat caussam ob quam pecuniam accepit, secutam esse, idest, dominum ratum habuisse liberandi rei caussa: ob quam caussam pecunia soluta erat. Quum autem hoc procurator dicet, etiam probare debebit ex regula juris. *L. 2. D de prob.* Quod si reus cui cautum est, judicio absolutus erit, et dominus iterum de eadem re aget, tanquam qui nihil mandarit procuratori, hic una cautio reo relinquitur adversus procuratorem, ut agat adversus eum ex stipulatione rem ratam haberi. Qua ut recte agat, necesse est eum intendere dominum ratum non habuisse, et quoniam dicit, ex eadem regula debebit probare. Hinc priori quæstio nascitur, an dominus ratum habuerit. Posteriori, an dominus ratum non habuerit. De utroque igitur quid sit, cognoscendum est.

XXVIII. Et an dominus ratum habuerit, continetur definitione verbi, et probatione earum rerum, quas hæc definitio exigit. Definitio hæc. Rem ratam habere Ulpiano est comprobare, agnoscereque quod actum est cum falso procuratore. *L. quo enim*, §. 1. *D. rem rat. hab.* Hoc comprobare voluntatis est. Proinde quibuscunque rebus declarabitur hæc voluntas et de his probabitur, simul probabitur, dominum comprobasse quod actum est et, quod nunc quæritur, ratum habuisse. Atque hæc probatio nunc quæritur. Declaratur autem hæc voluntas verbis quidem maxime: sed tamen ut in aliis rebus et sine verbis re aliqua et facto. Idque est, quod dicitur a Scævola, non tantum verbis ratum haberi posse sed etiam actu *L. 5. D. rem rat. hab.* Similiter ut de pactis scriptum est in *L. 2. D. de pact.* de societate in *L. 4. D. pro soc.* de ereditate repudianda in *L. recusari. D. de acq. hered.* Verbis, cum dominus ultro profitetur se comprobare quod actum est, quod dubitationem non habet.

XXIX. Re et actu, cum id faciat, quod nisi iis quæ a procuratore gesta sunt, tanquam suo nomine gesta sint, comprobatis, facere non potest. Hujusmodi facta duo: unum, si dominus litem a procuratore cœptam persequatur. *d. L. 5.* Alterum si, procuratore victo, dominus in ea caussa (27) appellet. *L. 3. §. ult. D. eod.* Hæc comprobationem domini ostendere sic colligimus. Nam primum quod quis suo nomine facere potest et alieno, si simpliciter facit, potius suo nomine et pro suo jure facere existimatur. *L. merito*, *D. pro soc. L. 4. D. de sol.* Dominus litem ejus nomine ab alio institutam si persequatur, potest quidem exsequi nomine ejus qui eam instituerat, cum is mandati aut negotiorum gestorum judicio sibi teneatur: sed potest maxime suo nomine et suo jure tanquam litem et caussam suam. Proinde si eam attigerit simpliciter, suo nomine potius in ea versari, quam alieno videbitur. Atqui non potest rem a procuratore cœptam suo nomine exsequi, nisi actum priorem voluntate sua suum fecerit: quod fit eum actum tanquam suo nomine gestum comprobando. Quare domino rem cœptam attingente eamque exsequente, necessario et hæc ipsa prioris actus comprobatio præcessisse intelligitur. Non enim potest, qui voluit quod erat consequens, non etiam videri voluisse id, quod necessario antecedebat: utpote sine quo fieri non poterat id quod voluit: atque hoc modo ubique consequentium voluntas a nostris accipitur. *L. illud*, *D. de acq. her. L. 2. D. de jurisd. L. 1. §. 1. D. si ususfr. pet.* Sic tamen his modis dominus ratum habere intelligitur, nisi tunc rem comprobet, cum rata ab eo jam haberi non potest. Quod quando accidat, pertinet ad sequentem locum, in quo quæritur, quando videatur dominus ratum non habuisse. Inde intelligetur de quo jam dicemus.

XXX. Et si ratum habere est comprobare et agnoscere id quod actum est, facile intelligimus ex contrario, tunc dominum ratum non habere, eum quod actum est, improbat et non agnoscit. Hæc improbatio ejusdem voluntatis est. Itaque eadem hic quæstio, quomodo hæc voluntas declaretur. Et gene-

(27) Et si enim hic rescindere gesta nitatur, non tamen inde improbat, quasi Procurator mandatum non habuerit, sed et idem facere posset etiamsi ipse petierit, Duaren. *ad h. tit. D. C.* 2. vide tamen Ant. Faber *C. Fabr. h. t. defin.* 19. Quando ratificatio domini secuta præsumatur, vid. Menoch. 2. *Præs.* 38.

raliter quidem recte dixerimus declarari eam hic quoque iisdem illis duobus modis: verbis nimirum, et actu. *d. L.* 5. *rem rat. hab.* Ac verbis similiter, cum dominus aperte negat se probare quod actum est: quod et ipsum dubitationem non habet.

XXXI. Illud ex prioribus non intelligitur qui actus, quæve facta domini sine alia verborum demonstratione hanc improbationem arguant, ut cum illa præcesserint, dicatur dominus ratum non habuisse. Non enim si dominus tacens aperte non docet se ratum habere, nec quæ a falso procuratore cœpta erant non attinget, ideo continuo ratum non habere quod gestum est, intelligitur. Ideo propria hic facta quæruntur, quibus ista improbatio declaretur. Et facta genere tria hæc sunt: petitio ejusdem rei; exactio, aut si quid exactionis vim habet; temporis ad ratihabitionem necessarii transmissio. Petitione sola satis intelligitur dominus improbare, et retractare quod actum est, quomodo et stipulationem committi placet, utcunque dominus cum reo de eadem re agit, de qua cum illo (reum dico) prius actum erat a falso procuratore. *L. quo enim.* §. *ult. rem rat. hab.* Sed in eo tria exigimus; ut dominus, cujus nomine agebatur petat; ut petat a reo quo cum actum est; ut agat de eadem re.

XXXII. Primum ut dominus petat cujus nomine actum est. Id enim efficiunt illa verba edicti, simul et stipulationis inde conceptæ, *eum ad quem ea res pertinet, quo nomine agitur*, idest dominum, *rem ratam habiturum*, L. servum, 33. §. *ult. L. non solum*, §. *quæritur*, *D. de proc.* Sed eum dominum agere hic accipiemus, non tantum si ipse agat, sed etiam si is, (28) qui ab eo petendi caussam habeat. Et ideo si procurator fundum petiisset, et cavisset dominum cujus nomine petebatur, rem ratam habiturum, deinde dominus postea eum fundum vendidisset, eumque emptor peteret; placuit non minus hic stipulationem committi. *L. si indebitum*, §. 1. *D. rem rat. hab.* Merito: quia videtur et is dominus petiisse, qui petendi caussam præbuit. Nam et in L. Aquilia dicere solemus, eum damnum dedisse videri, qui occasionem damni dedit. *L. qui occidit*, §. *ult. D. ad leg. Aquil.* Exigimus, ut dominus petat a reo. Nempe eo, de quo periculum est, ne iterum cum eo agatur, cujus caussa hæc stipulatio comparata est. *Inst. de satis.* in pr. Is autem est reus, cum quo prius actum est. Sed et hic a reo peti intelligemus, etsi ab alio petatur: verumtamen eo, a quo cum petetur, videatur peti a reo ipso: veluti, si fidejussor conveniatur, qui adversus reum regressum habiturus est; aut alter ex reis promittendi sociis, quibus casibus ideo et stipulationem committi placuit. *L.* 1. *L. si quis uni*, *D. rem rat. hab.* Exigimus præterea, ut dominus agat de eadem re. *d. tit. de satisd.* in prin. Recte. Non enim potest dici rem aliquam retractare, qui de ea non agit; non agit autem de ea, qui agit de alia. Ergo, domino de alia re adversus reum agente, non ideo adversus procuratorem committetur stipulatio rem ratam haberi. Cujus rei exemplum ex facto proponitur tale in *L. procurator.* in. pr. *D. eod.* Procurator nomine domini in rem acturus, cum fundum peteret, cavit dominum rem ratam habiturum. Is unde petebatur, quia non possidebat, eo judicio absolutus est. Deinde cœpit idem reus eumdem fundum possidere. Eum petere ab eo dominus instituit. Responsum est, fidejussores non teneri, non committi denique stipulationem: *quoniam hæc alia res sit*: hoc in *d. L. procurator.* Recte alia. Etsi enim est idem fundus qui petitur; non est tamen eadem possessio, de qua priore judicio actum est. At propter hanc et priore judicio et hoc posteriore adversus reum agitur. *L. unic. C. de al. jud. mut. cau. fac.* De eadem re agere videtur, non tantum qui per omnia idem petit: sed etiam qui inde petit aliquid, aut rei petitæ aliquid adjicit. Et ideo qui, cum de toto aliquo cum reo actum esset, partem petit ex toto, placet eum hactenus stipulationem committere; veluti si, judicio de hereditate instituto, dominus fundum ex ea hereditate petat. *L. si sine*, §. *pen. D. rem rat. hab.* Multo magis de eadem re agi, et stipulationem committi dicendum est, si cum procurator quinquaginta petiisset, dominus centum petat: quoniam in centum etiam quinquaginta inesse certum est. *L.* 4. *D. eod. L.* 1. §. *pen. D. de verb. obl.* Hujusmodi petitione qualem descripsimus, cum dicimus dominum videri rem ratam non habere, et committi stipulationem; petitionis verbo maxime ea intelligitur, qua judicio petitur lite de re contestata: quo genere petitionis maxime stipulationem committi constat. *L. amplius*, *D. rem. rat. hab.* Sed nihilominus etsi dominus petierit extra judicium, hanc quoque

(28) Quid in heredibus, et an si nulla eorum, in cautione facta mentio, comprehendatur, vid. *L.* 22. §. 7. *h. t.* Nicol. Valla *de Reb. dub. Tr.* 18. *n.* 31. *et seq.*

petitionem accipiemus, dicemusque tanquam domino ratum non habente, stipulationem committi. Primum quia hoc generaliter de eo domino dictum est, qui petat in *L. quo enim*, §. *ult. D. eod.* Petitionis autem verbo etiam ea quæ extra judicium sit, saltem abusive continetur. *L. si decem cum petiero*, *D. de ver. obl.* Deinde quia, ut ibidem scriptum est, quomodocunque quis eundem actum retractet qui a procuratore actus est, res rata non habetur, proinde et committi stipulationem oportet. Tunc solum petitionem quæ judicio fit, ad committendam stipulationem exigimus, cum procurator cavit, dominum non ratum habiturum, sed amplius non petiturum. ut hic quærendum sit, quid sit proprie petere: cujus verbi propria significatio pro reo retinenda sit contra stipulatorem. Sic enim definimus, in stipulationibus cum quæritur quid actum sit, verba interpretanda esse contra stipulatorem. *L. stipulatio ista*, §. *in stipulationibus D. de verb. obl.*

XXXIII. Exactione pecuniæ dominus actum cum procuratore improbare intelligitur, utcunque is solutam a reo absoluto pecuniam accepit, licet sine judicio: placetque hoc casu committi stipulationem etiam tunc, cum procurator cavit dominum amplius non petiturum: quasi ista exactione maxime et cum effectu pecunia peti videatur. *d. L. amplius*, *rem rat. hab.* Pro justa solutione est, etsi quis adversus petentem compensatione deductioneve sit usus, ut hic quoque committatur stipulatio. *d. L. amplius*, *L. quo enim*, §. *ult. D. eod.*

XXXIV. Tempore dominus intelligitur ratum non habere, cum præteriit tempus ad ratihabitionem necessarium. Hujusmodi tempora sunt tria; dies ratihabitioni præstitutus; sine die rei interpellatio; sine die et interpellatione finitus dies actionis. Dies præstituitur ratihabitioni, cum promittit procurator dominum intra Calendas illas ratum habiturum. Intra id tempus dominus ratum habere potest. Postea frustra ratum habeat: quia semper verum erit illum intra Calendas ratum non habuisse. *L. Celsus*, *D. de recep.* Sine die ratihabitioni præstituto tempus huic rei necessarium habet rei interpellatio. Sic enim veteres constituunt dominum ratum habere debere, cum primum de re gesta certior factus et interpellatus est, ut ratum haberet: significantes post id tempus seram esse ratihabitionem. Sic tamen ut aliquod spatium intermedium hic concedi velint: de quo ita definiebat Julianus, ut neque id minimum intelligi deberet, neque maximum: *quod magis intellectu percipi*, *quam elocutione exprimi possit*: hoc in *d. L. quo enim*, §. *Julianus*, *D. rem rat. hab. L. ratum*, 13. *D. de sol.* Sine die præstituto et debitoris interpellatione tempus ratihabitioni necessarium per se adfert actionis conditio qua tenebatur reus, si ea (29) tempore finiebatur, et pecunia procuratori soluta est cautione interposita dominum rem ratam habiturum. Hic quandiu manet actio, tandiu idoneum est tempus ratæ habendæ solutioni: finita actione et reo tempore liberato, negat Africanus dominum rem ratam habere posse utiliter, eoque et posse debitorem agere cum procuratore, idest, stipulationem committi existimat. *L. ult.* §. 1. *D. rem rat. hab.* optima ratione. Manente enim actione subest obligatio; quæ ideo solutionem admittit, et cum hæc suberit, recte etiam rata haberi potest. Actione autem finita, una quoque et solutioni locus esse desinit; cum non possit solvi obligatio quæ non est. Sic fit, ut nec possit rata haberi solutio, quæ cum obligatione esse desiit.

XXXV. Ad hunc modum commissa stipulatio rem ratam haberi, communem habet exitum cum reliquis faciendi obligationibus, ut committatur in id quod stipulantis interest: idest, inquit Paulus, *quantum illi abest*, *quantumque lucrari potuit*. L. *si commissa*, *L. in stipulatione*, *D. rem hab.* quæ sententia variis exemplis comprobatur his locis, *L.* 2. *L.* 3. in fin. *L.* 4. *L. procurator*, §. *ult. L. si procurator*, *D. eod.*

XXXVI. Hinc tria consequentia, quæ observare licet in veterum responsis: posita quidem illa ut plurimum simpliciter, verumtamen ducta ex hoc fonte. Primum, ut

(29) Finge: Reus tenebatur redhibitoria. Procurator exegit debitum, præstita cautione rati. Priusquam ratum haberet dominus, dies actionis exiit. Postea, is ratum habuit. Quæritur an reus possit ex stipulatu agere in pecuniam quam solvit. Aff. *d.* §. 1. quia inutilis ratihabitio facta reo, jam tempore liberato. Non enim liberat solutio, quæ fit falso Procuratori, antequam ratum habitum *L.* 86. *de sol.* Hic ratihabitio, si ante diem exeuntem facta esset, liberasset retro acta ad tempus solutionis. Nunc non potest liberare jam ante liberatum. Nam quod retrotrahitur, ita verum si in medio nihil obstaculi inciderit, sed omnia paria permanserint. Cujac. 6. *ad Afr. in d. L. ult.* §. 1. Plura de hujus cautionis vi, Valla *de Reb. dub. Tr.* 18. *n.* 29. *et seq.* Gœd. *ad L.* 82. *de V. S.* ac *de Cont. stip. C.* 5. *n.* 279. *et seqq.* Cujac. 28. *QQ. Papin. ad. L.* 1. *Rat. rem hab.*

etsi dominus cum procuratore actum improbavit, tamen ex stipulatione rem ratam haberi cum procuratore agi non possit, ubi rei nihil interest: de quo species ex facto in *L. ult.* in pr. *D. eod.* Secundum, ut si rei intersit tantum pro parte, hactenus etiam solum committatur stipulatio. quæ non committitur nisi in id quod interest. Quod accidit, si dominus solum egerit pro parte: aut ex pluribus hæredibus unus ratum habeat. *L. si cum debitore*, *L. si procurator, D. eod.* Idem est, si dominus de eadem re iterum cum reo agens litem amiserit. Hoc facto quia dominus ratum non habuit petendo; si vel modicum stipulantis intersit, non dubitatur, quin commissa sit stipulatio: quod et scriptum est in *L. procurator*, §. 1. *D. eod*, sed quia reus victor rem principalem salvam habet, recte placet nihil præter impendia in stipulationem venire, et hactenus solum eam committi. *L. si sine*, §. *cum autem*, vers. *Marcellus*, *D. eod.* Tertium et postremum consequens, ut ex stipulatione rem ratam haberi sæpius agi possit cum procuratore: et quod idem est, sæpius hæc stipulatio adversus eum committatur. Hoc inquam, ideo, quia committitur hæc stipulatio in id quod stipulantis interest iterum de ea re cum illo non agi. Quod si agitur, multa sunt tempora hujus judicii, quibus prout res incidit, varias impensas reus facere potest. Quæcunque illæ impensæ particulatim inciderint, etiam de his particulatim reus agere potest cum procuratore; puta, inquit Pomponius, *quod reus litigat, quod consumit, quod advocat, quod damnatus solvit:* hoc in *L. si procurator*, *D. eod.*

## C A P. XV.

### Plures procuratores tn eadem caussa ab uno dari non posse: alioqui plures dari posse.

*Unius litis esse in una persona unum etiam procuratorem sive ad agendum, seu ad defendendum; et non plures.* I.
*Ratio.* II.
*Unius personæ multiplex actio plures admittit procuratores.* III.
*Unius litis plurium personarum plures dari posse ad agendum procuratores.* IV.
*Immo ad defendendum: prætерquam si ab uno cœpta obligatio ad plures fidejussores aut heredes pervenerit.* V.
*Contrariis occurritur.* VI.
*Plures procuratores ab uno dantur utiliter in una lite diversis temporibus.* VII.
*Posterior ante litem contestatam; et quare.* VIII. X.
*Contraria diluuntur.* IX.
*Prior post contestatam litem utiliter datus.* XI. VIII.
*Plures simul et simpliciter dati procuratores dantur utiliter, nisi cum invicem sibi obstant. Quid hoc posteriore casu.* XII. XIII.
*Quo sensu plures simul dati separatim agere possint.* XIV.
*Quid si dominus procuratorio instrumento adiecerit clausulam: ne sit occupantis melior conditio* XV.
*Superioribus contrarium magna ex parte* Cap. si duo Lib. 6. de proc. XVI. XVII. et seqq.

I. Ac de idoneis præstationibus, quæ a procuratore exigantur satis dictum est. In quibus cum essent superiores satisdationes duæ, Judicatum solvi, et Rem ratam haberi, ideo et de his ex re nata necessario diximus. Estque hic quartus locus, quem in potestate procuratoris dandi spectandum proponeremus. Fuit in hac potestate postremum, ut ne in una caussa plures procuratores darentur cum incommodo adversarii. Id ubi fiat, proinde quod hic non liceat, aut contra liceat, sequitur jam, ut videamus. De quo hæc non incerti juris sententia tenenda est. Nunquam unius litis quæ unius personæ sit, plures procuratores (1) dari posse vel ad agendum vel ad defendendum, ut quidem adversarius omnes simul in eodem judicio admittere cogatur. Et actori quidem ad agendum plures procuratores dare non licere hæc probant. Primum definitio tradita, in *L. si quis cum procuratorio*, 31. §. *pen. D. de procur.* his verbis; *unius litis plurium personarum plures dari procuratores non est prohibitum*.

(1) Sic et quando universitas litigat, posse cogi ut unum Syndicum constituat arg *L.* 9. §. 9. *cum gl. in* verbo *unumque de fid. lib.* scribit Vinc. de Franc. *Decis*. 309

Ea hanc significationem habet, ut in una lite plures procuratores liceat dare; sed hac conditione, si lis sit plurium personarum. Ex quo intelligitur, si una lis sit unius personæ, plures procuratores dari non licere. Certa hæc sententia est, quidquid sub conditione datur, affirmatur, id deficiente ea conditione negari. Unde hæc collectio juris auctoribus usitata, ut quoties in lege aliquid dicitur, aut constituitur: si ea conditio non existat, non dubitent continuo inde colligere, constitutioni locum non esse, ut in *L.* 1. *vers. hujus rei*, *D. de offi. ejus*, *cui mand. est jurisd. L. si procuratorem*, 8. *§. si ignorantes*, juncto *§ seq. D. mand.* Probat deinde illud idem, id quod de pluribus tutoribus datis traditur in *L. decreto*, *§. ult. D. de adm. tut.* si duobus simul tutela gerenda permissa sit, uni agere permissum: duos simul agere non posse. Si denegatur hoc pluribus tutoribus in caussa pupilli, ut simul plures agant: multo minus existimandum est licere pluribus procuratoribus in caussa alterius privati: cum plus juris sit tutori in rerum alienarum administratione, quam procuratori, propter publici muneris auctoritatem qua tutor præditus est; qua fit etiam ut pro domino habeatur. *L. tutor qui tutelam*, *D. de adm. tut. L. qui fundum*, *§. si tutor*, *D. pro empt.* Similiter nec pro reo plures defensores in eadem lite intervenire posse judicat Ulpianus in *L. omnium*, 37, *D. de proc.* qui de sententia veterum ita pro reo cum quo agitur, admittit plures defensores, ut videatur reus recte defendi si adversarius actor plures intendat actiones, et exsistant in singulas singuli defensionem suscipere parati. Quo significatur, si adversarius unam tantum actionem intendat, plures simul defensores non admitti: si existant, reum recte defendi non videri. Adeoque id verum esse confirmat in *fragmento seq.* puta *L. non tamen*, 38. ut quanvis duo illi defensores existant in una actione, non in solidum singuli sed singuli pro parte dumtaxat defendere parati, neget tamen audiendos: veluti si cum 10. peterentur, existant duo parati in quina defendere. Quanto ergo minus audiendi erunt duo parati simul defendere in solidum? Nam priores faciunt quidem et ipsi ex una lite duas, verumtamen minores: et posteriores sic ex una lite faciunt duas, ut constituant æque graves.

11. Ne plura; quæstio omnis tollitur, si cœperit intelligi, cur plures procuratores in una lite ab uno dari non possint. Ducitur vero hujus juris ratio ex illa notione, quam in potestate procuratoris dandi initio posuimus. Sic enim in universa hac potestate constitui oportet, haetenus procuratorem dari, aut intervenire licere sive ad agendum sive ad defendendum, dum ne cum incommodo adversarii; dum ne ea re fiat conditio adversarii deterior, quam futura esset, si dominus ipse per se ageret, aut defenderetur. Atqui cum ab uno aliquo vel actore vel reo existunt in una lite plures procuratores, sit adversarii conditio deterior. Nam quæ actio aut defensio domino agente una futura erat, ea pluribus procuratoribus aut defensoribus objectis, scinditur per plures personas: quod sine incommodo et injuria adversarii non contingit, ut declaratur in *L. jam tamen*, *§. pen. D. jud. sol. L. quod si nolit*. *§. si plures*, *D. de æd. ed.* Quocirca hic recte constituitur plures procuratores aut defensores dare non licere. At ne forte requiratur, quodnam hic sit incommodum, ex ista distractione tria incommoda hæc sunt; difficultas seu molestia vocandi eos, cum quibus res est; ex hac ipsa re judicii mora; tum incertitudo, atque hinc difficultas præstationis. Nam cum plures sunt, qui agunt, aut quibuscum agitur: omnes et initio in jus sunt vocandi, et cum sententia ferenda est: absentibus denuntiandum, ut sententiæ audiendæ adsint. *§. ult. Inst. de pen. tem. lit. L. ea quæ*, *C. quom. et quand. jud.* Scimus autem plus difficultatis et molestiæ esse in pluribus evocandis, præsertim si locis dissiti sunt inter se. Atque hinc etiam mora judicio injicitur, non tantum molesta adversario, sed etiam damnosa. Accedit difficultas præstationis, et judicii exsecutionis, quæ ex dissensu plurium nasci solet: dum unus cedendum putabit, alter litigandum: et in re petita unus ex defensoribus præstare rem paratus erit, alter volet præstare æstimationem: ex procuratoribus autem actoris unus illius rei, alter hujus præstationem admittet: quo fiat, ut neque actor consequatur quod velit: neque reus quod velit, facere expediat. Accidit que hæc difficultas et incertitudo propter naturalem hominum ad dissentiendum facilitatem: quam ipsam ob caussam negant veteres, si in duos arbitros compromissum sit, cogendos eos esse sententiam dicere, quia res fere in ista dissentiendi facilitate sine exitu futura sit. Hoc Ulpianus in *L. item*, 17. *§. principaliter*, *D. de recep.* In hac sententia eo diligentius confirmanda fuimus

quod tanquam ex jure civili certo contra definitum est in *cap. si duo*, *de proc. lib.* 6. de quo ut et de toto eo capitulo plura ad extremum dicemus. Nam sententiam superiorem a nobis recte constitutam probatamque et veterum sententiis, et non obscura ratione æquitatis constantem, ut cœpimus, exsequamur.

III. Et definitionis conceptio nobis expendenda est. Observandum est autem, ut ne plures procuratores adversus aliquem dentur, in eo tres esse cautiones, quas superior definitio complexa est: ut una lis et caussa sit de qua agitur; ut ejus litis unus dominus, cujus nomine plures interveniant procuratores: ut ita plures dentur, quo adversarius simul omnes admittat. Quæ omnia ita concurrere volumus, ut si quid eorum desit, plures procuratores dari adversus unum aliquem adversarium non sit prohibitum. Primum hoc exigimus, ut una lis sit, una actio in qua plures procuratores dentur. Quod si quis quanvis unus plures intendat actiones, quarum unaquæque videlicet unam litem efficit, *L. litis*, *D. de verb. sig.* plures hic quoque procuratores intervenire possunt, non ut in singulas caussas plures dentur: sed ut in singulas singuli intervenire possint, tum ad agendum, tum ad reum defendendum; qui conjuncti plures efficiuntur, ut et actiones ipsæ junctæ plures erant: hoc in *L. omnium*, 37. *D. de proc.* Et recte. Isto enim modo nihilomagis scinditur actio aut defensio per plures personas, quam si una esset actio, in qua unus procurator daretur, aut defensor unus. Nam et eum plures sunt uni alicui adversus aliquem de diversis rebus actiones, ut unaquæque etiam tum unum actorem habet et unum reum, ita etiam utriusque nomine recte admittit unum procuratorem, ut nihilo fiat adversarii conditio deterior, quam si aut actor per se ageret in una lite, aut reus per se in ea lite defenderetur.

IV. Secundo loco ut ne etiam in una lite plures procuratores dentur, exigimus, ut lis sit unius personæ, quo scilicet in una lite ab uno domino ejus litis plures dentur. Quod si lis erit plurium personarum, hic quoque receptum est plures procuratores dari posse, eaque definitio est, quam jam supra commemoravi, unius litis plurium personarum plures procuratores dari non est prohibitum: exstat in *L. si quis cum* 31. *§. pen. D. de proc.* Una lis plurium personarum intelligitur, eum aut pluribus debetur id quod divisionem non recipit, et omnes id petunt, aut id debetur uni a pluribus, et omnes eo nomine conveniuntur: veluti, si in lite versetur, aut id quod sit in faciendo, idque aut pluribus promissum sit, aut promiserint plures. *L. 2. §. ex his L. stipulationes non dividuntur*, *D. de verb. obl.* Nam alioqui eum pecunia debetur, aut fundus, et si quid est, quod divisionem recipit, ejus obligatio et actio etiam inter plures unius stipulatoris promissorisve heredes dividitur pro portionibus hereditariis. *L. ea quæ*, *C. fa. ercis. L. heredes*, *§. an ea*, *D. eod. L. in exsecutione*, *§. 1. D. de ver. obl.* Unde evenit, ut quemadmodum singulorum ad quos ea obligatio pertinet, sua est obligatio et actio divisa ab aliis, non una communis omnium, ita omnino singulis sua lis sit propria, sive singuli pro parte sua agant, sive singuli pro parte conveniantur. Eademque res facit, ut quemadmodum non jam hic una lis est plurium, sed plures lites distinctæ, et propriæ singulorum, nihil sit dubii quin et singuli recte dent procuratorem ad agendum, et pro singulis qui conveniuntur recte singuli existant defensores. At nos amplius dicimus, etsi una lis sit, unave actio plurium personarum, quod fit cum de re individua sibi debita plures agunt, aut de ea a se debita plures conveniuntur; tamen etiam hic a singulis singulos procuratores intervenire posse et ad agendum, et ad defendendum, eoque et plures procuratores in ea lite posse exsistere, uti plures sunt personæ, quæ in ea lite versentur. Hæc sententia perpetua est in pluribus ejusdem litis actoribus. Horum singuli in ea lite ut per se agere possunt, ita et suo nomine recte procuratorem dederunt. Nec interest, utrum his principaliter res individua deberi cœperit, puta sibi ab initio eam rem stipulantibus: an vero cum uni primo deberi cœpisset, in ejus locum postea plures successerint. Ut puta, plures domini fundi communis viam sibi ad eum fundum stipulati sunt. Si omnes a promissore in commune viam petant, non dubitatur, quin hi quibus ita principaliter ab initio deberi cœpit servitus, quia distinctas in ea stipulatione personas habuerunt, nec alii aliorum personam sustinent, singuli suo nomine in ea lite procuratorem dare possint, et qui dare nolunt, non cogantur. At quid si unus dominus viam ad suum fundum stipulatus erit, atque is decesserit pluribus relictis heredibus, qui et ipsi deinde in solidum viam petant, quod et singuli facere possunt? *L. viæ*, *D. de servit.* Nonne probabile videbitur istos unum tantum procuratorem ad eam litem dare debere, quasi qui

unius personæ defuncti vice funguntur, cujus ex persona servitutem petant? Dicimus etiam heredes, qui uni stipulatori successerint in ea lite, si agant, singulos aut per se agere, aut qui malunt, suo nomine procuratorem dare posse: quæ sententia expressa est in *L.* 5. §. *pen.* in fin. *D. jud. sol.* Neque ideo ab illis scinditur in plures personas actio, in qua stipulatore agente unus tantum actor futurus erat. Nam hæc distractio a jure nascitur, non ab heredibus, qui defuncto in eam litem ita succedunt, ut liceat singulis pro se separatim agere. Nec uno agente cæteris agendi necessitas imponatur, ut declaratur in *d. L.* 5. §. *pen.* Nihil autem incommodi est, qui jure pro se et sine aliis pro se agere possunt, hactenus etiam illos pro se dare posse procuratorem.

V. Quod si in una lite plures erunt rei, qui servitutem, exempli gratia, debeant: hic illa distinctio adhibenda est, utrum rei principales sint, an ii ad quos ab uno principali reo obligatio pervenerit, puta promissoris viæ plures fidejussores, aut promissoris plures heredes. Si plures rei principales sint, veluti si plures domini fundi communis viam per suum fundum ab initio promiserint, possunt hi quoque si in commune conveniantur, singuli suo nomine dare defensorem; quia et hi jam ab initio distinctas personas in hac obligatione habuerunt nec unus alterius personam sustinet. Sed si ab uno promissore viæ res venerit ad plures heredes, pluresve ejus obligationis fidejussores: (2) placet his conventis aut uuum ex his judicium accipere debere, aut omnes debere dare unum procuratorem, per quem omnium nomine judicium agatur: *ne defensio per plures scissa*, inquit Ulpianus, *incommodo aliquo afficiat actorem*. L. 5. §. *pen. jud. sol. L. quod si nolit*, §. *si plures*, *D. de æd. ed.* Qua ratione hoc idem in judiciis familiæ ercisundæ, communi dividundo, finium regundorum admissum est, si unus ex litigatoribus decesserit pluribus heredibus relictis. *L. si familiæ*, *D. fam. erc.* Nam in his judiciis etsi omnes litigatores actores sunt, iidem tamen simul sunt et rei. *L.* 2. §. *in familiæ*, *D. fam. erc. L. judicium*, 10. *D. fin. reg.*

VI. Verum huic parti occurritur. Nam si plures stipulatoris heredes quanvis unius litis actores sint, possunt tamen singuli in eam litem procuratorem dare, ut ante constituimus: cur minus liceat pluribus promissoris heredibus si communi lite conveniantur, singulis dare vice sua defensorem? præsertim cum constet favorabiliores esse reos, quam actores. *L. favorabiliores*, *D. de reg. jur.* Hoc ideo, quia ex pluribus heredibus actoris singuli pro se agere recte possunt non expectatis coheredibus suis, et agentes æstimationem rei petitæ pro parte sua consequuntur, nempe quatenus eorum interest. *L.* 4. §. *si fundus*, *D. si ser. vind.* Promissoris autem rei individuæ hæredes, singuli tenentur in solidum, ut quanvis concurrant, tamen omnes pro uno habeantur. Quæ res facit, ut ea defensio quæ solida esse debuit, per plures scindi non debeat. Rursum obstat definitio illa superior, qua generaliter definitur unius litis plurium personarum plures procuratores dari licere. *d. L. si quis cum* 31. §. *pen. de proc.* Nil enim hic distinguitur, utrum sit lis una plurium personarum quæ agant, an plurium quæ conveniantur; et qui conveniuntur, utrum sint principales debitores, an vero unius debitoris heredes. Sed nihilominus verba indicant, si proprie et ex usu juris auctorum loqui volumus, definitionem superiorem ad procuratores plurium actorum tantum, non etiam plurium reorum pertinere. Primum quia litis verbum actionem significat, eoque proprie ad actores pertinet, *L. litis*, *D. de ver. sig.* Deinde quia cum plures rei conveniuntur rei individuæ nomine, magis re vera scilicet unus convenitur in solidum so-

(2) Ita Ant. Fab. *ad d. L.* 31. §. 1. Plures fidejussores, seu heredes unius personæ loco cujus obligatio individua, quique ad se unum defendendum, plures Procuratores dare non potuisset. Obligatio autem non mutatur, ex persona fidejussorum, vel heredum *L.* 2. §. *ex his. de. V. O.* Nunquam vero plures actores, unius vice quoties proprio nomine, et ad proprium commodum singuli agunt. Aliter Costal. *ad L.* 31. sic nempe: Si in heredes incipiat judicium, dividitur actio, ex lege 12. tab. Et potestas agendi et defendendi per plures, ut *d. L.* 31. §. 1. Potest tamen ob commoditatem judex jubere, ut lis per unum intentetur *L.* 31. §. 5. *de ad ed.* Sin judicium cœptum contra defunctum ex persona heredum, non dividitur actio. Ergo per unum Procuratorem litigabunt *d. L.* 5. § *pen.* Sed. *d.* § *pen.* verborum et rationis generalitas distinctionem hanc vix admittit. Ceterum quod *d.* §. *pen.* fidejussores per unum cogi defendere habetur, ei resistit *L.* 42. §. *ultim.* in verbis *vel omnes h. tit.* Resp. Gifan. ibid. *n.* 38. id ita accipi, si consentiat actor *d.* §. *pen.* Melius Ant. Fab. ibid. verba ea *vel omnes* non ad præcedd. refert, sed ad verbum *dederit*, ut sensus sit recte defendi, sive omnes fidejussores Procuratorem dederint, sive quidam ex illis.

lus, aut si cæteri accedant, res per unum omnium procuratorem transigatur. Postremo procuratores ita fere dicuntur a juris auctoribus, ut intelligantur procuratores dati ad agendum: unde procuratores distingui solent a defensoribus, ut factum videmus in inscriptione tituli *de procuratoribus*, *D.* Idque si alias sequendum est, maxime in definitione superiore ita interpretari decet, cum aliis locis declaretur in lite communi et indivisa plurium reorum non item licere dare plures procuratores ad defendendum. Summa hæc est: unius litis plurium personarum semper plures procuratores ad agendum dari posse; sed et ad defendendum plures defensores; præterquam si obligatio ab uno auctore cœpta ad plures fidejussores aut plures heredes pervenerit: in quibus scilicet lis magis unius personæ dicenda est, quam plurium: quia plures isti, cum singuli in solidum teneatur, unius personæ loco habendi sint.

VII. Quod tertium et postremum fuit, ne plures procuratores dari possint, hoc exigimus, ut quanvis dentur ab uno, idque in una lite atque una actione, tamen ita dentur, ut adversarius simul omnes eodem judicio adversus se admittere cogatur. Quod si plures in una lite et ab uno ita dabuntur, ut unus tantum, et is certus jure agat, quominus plures ita dentur nihil est imimpedimento. Sic enim evenit; ut exitu ipso unus tantum in lite procurator fiat, aut defensor: quod in universo jure procuratoris dandi concessum est. Sæpe autem accidit, ut pluribus procuratoribus in una lite verbo datis, re ipsa unus tantum fiat procurator. Ita fit, ut pluribus datis in una lite interdum datio sit utilis, interdum inutilis. Cujus rei dijudicatio ad hanc distinctionem revocanda est. Cum pluribus procuratoribus ab uno in una lite datis quæritur, an constitutio sit utilis, au inutilis, videndum est, utrum plures isti dati sint diversis temporibus, an simul et uno tempore.

VIII. Si diversis temporibus utilis semper datio est, non quia hoc modo plures dare liceat, ut sint in ea lite simul procuratores, sed quia hic verbis duo dati sunt: vi ipsa unus, non plures. Nempe posterior, si ante litem contestatam ambo dati sint: solus autem prior, si lite ab eo contestata dominus postea alium procuratorem dederit: quorum utrumque hoc modo accidit. Nam qui dedit diversis temporibus duos, rebus adhuc integris et lite nondum a priore accepta, is posteriorem dando priorem prohibuisse videtur. Juliani hæc definitio est, quæ exstat in *L. si quis cum* 31. §. *ult. D. de proc.*

IX. Atqui cum testator plures tutores dedit diversis temporibus omnes nihilominus tutores sunt, neque posteriorem dando ideo priorem rejecisse existimatur. *L.* 2. *C. de test. tut.* Item cum testator duobus eamdem rem diversis temporibus legavit, non quia posteriori solidam dedit, ideo priori eam ademisse videtur, sed ambo in eandem rem concurrunt, nisi evidentissime appareat testatorem voluisse priori ademptum legatum. *L. si pluribus* 33. *D. de leg.* 1. et si generaliter dicendum est: cur credamus mutatam priorem voluntatem, quæ aperte mutata non probatur, cum dicamus probationem mutatæ voluntatis incumbere ei qui mutatam dicit? *L.* 3. *D. de prob.* Cur igitur pluribus procuratoribus separatim datis, non simul omnes procuratores sunt, non simul in eamdem procurationem concurrunt? curque in priore existimetur voluntas mutata, quæ aperte mutata non probatur? Et istarum rerum ratio ac dissimilitudo hæc est, ex qua etiam intelligitur nusquam in his adversus superiorem probandæ mutationis regulam peccari. Cum plures tutores diversis temporibus dantur, ideo omnes tutores sunt, quia si testator in his dandis jure potuit facere quod fecit, etiam voluisse id facere existimandus est. Atqui potuit; plures enim tutores ad rem administrandam, etsi non ad agendum jure dari possunt sive simul dentur, sive diversis temporibus, ut dati jure in solidum universi obligentur. *L. tres tutores, in princ. D. de adm. tut.* Quare qui testamento ita plures dedit, etiam omnes ita datos voluit. Proinde et jure et voluntate ejus omnes erunt tutores. Nec dicemus eum posteriores dando a priorum datione recessisse, cum nihil proponatur neque in jure neque in ejus facto, cur id fecisse existimetur. (3) Eademque ratio est rei pluribus separatim legatæ. Omnes quibus ea legata est ad eam admittuntur; quia testator pluribus camdem jure legare potuit, si vellet: ac verbis legando, etiam se voluisse his legare ostendit, potestatem sibi jure conces-

(3) Aliam solutionem Accursii refert Gifan. *ad d. L.* 31. §. *ult. n.* 10. quia *in d. L.* 2. prior tutor datus testamento, posterior codicillis. Ergo cum codicilli ex testamento pendeant, ejusque pars censeantur, ambo simul dati videantur Sed præsupponit hæc solutio, quod noster negat, simul dari posse plures, ut omnes sint Procuratores.

sam secutus. Neque vero quod multo post alii legavit eamdem rem, idoneum argumentum est mutatæ prioris voluntatis, cum possit legare posteriori, et nihilominus eamdem rem priori legatam velle; *arg in L. neque, C. de probation.* At cum plures procuratores diversis temporibus ad agendum dantur: ideo qui dedit, posteriorem dando priorem prohibuisse videtur, quia jure plures procuratores dare non potuit, ut simul sint in una caussa procuratores. Et quia non potuit, etiam noluisse dare putandus est, ut in voluntate incerta ex jure sumatur id quod agi videtur, ut præcipitur in *L.* 6. *D. de sol.* Unum ergo tantum ex his dare voluit.

X. Dubitabitur, utrum ex his, prioremne ex duobus, an posteriorem. Et recte censuit Julianus posteriorem: efficiente id videlicet regula juris, quæ dictat in voluntatibus diversis de eadem re, quæ simul consistere non possunt, (4) novissimam servandam priore repudiata, a qua ei per posteriorem recessum sit. Servatur hæc regula in pactis, *L. novissima*, *C. de pact;* servatur constanter et in supremis voluntatibus. *L. Si mihi et tibi eadem*, 12. *§. in legatis novissimæ scripturæ*, *D. de leg.* 1. Servari igitur et in procuratorum mandato oportuit, ut his diverso tempore constitutis novissima constitutio vavaleat repudiata priore, postquam simul utroque jure valere non potuit. Quo de voluntate mandantis recepto, probandum est posteriore procuratore dato priorem prohibitum videri, etiam si postea posterior non possit aut nolit accedere ad procurationem, *arg. in. L. plane*, 31. in pr. *D. de leg.* 1. Quo casu eveniet, ut neuter sit procurator. *D. de leg.* 1. Sed hæc in voluntate mandantis obscura dicta sunt. Cæterum si dominus ita posteriorem dabit, ut declaretur sequentem quoque manere velle, non dubitabimus quin utrumque dederit; proindeque habentur, quasi ambos simul dedisset, ut iam pertineat hæc datio ad posterius membrum propositæ distinctionis, *arg· in d. L. plane*. §. 1. §. 2.

XI. Et hæc quidem ita se habent, cum plures procuratores separatim dati sunt ante litem ab ullo eorum contestatam. Quod si, lite ab uno procuratore contestata, dominus postea alium in eadem caussa procuratorem det: hic contra evenit, ut prior solus sit procurator, posteriore datione inutili constituta. Idque ex eo accidit, quod prior lite a se contestata ita procurator esse cæpit, ut sit etiam effectus dominus litis: quo jure illi constituto cœpit, res esse in ea caussa, ut nec prior dominus possit negotium persequi, nedum in eo negotio alium procuratorem dare, qui id persequatur. *L. procuratoribus, C. de proc.* de quo plura postea in jure mutandi procuratoris. Fit ergo, quod dixi, ut cum plures procuratores diversis temporibus dati sunt, sine exceptione datio sit utilis: idque ideo, quia vi ipsa non plures dati sint sed unus: alias posterior, quod fit, cum omnes ante litem contestatam dati sunt; alias prior, quod fit cum lite ab eo contestata alius datus est.

XII. Quod si plures procuratores simul dati erunt, ut fit, cum plures constituuntur eodem instrumento procurationis: interesse dicemus, utrum nominatim ita dati sint, ut simul caussam agerent, an vero dati sint simpliciter. Si ita dati nominatim, ut ambo caussæ adessent, inutilis datio est: (5) ex qua neque ambo invito adversario agere possunt prohibente jure, *d. L. decreto*, *§. ult. de adm. tut.* neque unus solus refragante mandantis voluntate. Nam qui ambos voluit simul agere, unum sine altero agere vetuit; neque porro is procurator est qui mandatum domini egreditur, *L.* 1. *D. de proc.* neque unquam ad agendum alieno nomine quisquam admittitur contra apertam domini voluntatem. *L. Pomponius*, *§. ult. D. eod.* Quod si plures procuratores simul dati erunt simpliciter ut sit jus singulis agere in solidum, non est quidem datio per se inutilis, sed possunt hi facto suo inutilem sibi constituere, quam et contrario facto utilem habere potuerunt. Multum enim refert utrum hi simul concurrant ad agendum, an vero separatim

(4) A. Fab. *ad d. L.* 31. *§. ult.* In iis, quæ ambulatoriam admittunt voluntatem, posterior actus semper vincit priorem, ut in testamentis, codicillis, donatione mortis caussa, et similibus. Sicuti contra, in iis quæ pœnitentiam non recipiunt, prior actus, si validus sit, semper vincit posteriorem *L.* 5. *L.* 8. *C. de O. et. A.* Quæ tamen sic declaranda, modo actus uterque consistere nequeat. Male vero Gifan. *in d. §. ult. n.* 11. si posteriorem dando testetur dominus se priorem non revocaturum, utrumque esse Procuratorem, quia expressæ voluntati tacita cedat, et Menoch. 2. *Præs.* 36. *n.* 22. Quasi vero tota hæc res ex voluntate dantis, nec etiam ex jure, quod hac datione jus adversarii minui non sinit, metienda sit.

(5) Diss. A. Fab. *ad L.* 32. *h. t.* qui posse statuit eodem tempore plures haberi Procuratores, ita ut conjunctim omnes sint; nec quidquam in lite per unum sine alio expediatur. Ast non posse ita ut singuli sint Procuratores in solidum. Sed hæc, per ea quæ Don. *h. Cap.* refelluntur.

agant. Si concurrunt ita, ut simul se ad caussam admitti velint, frustra agunt, cum jure plus unu unius personæ nomine in eadem caussa agere non possit: ne tutor quidem, ut jam sæpe diximus, *d. L. decreto*, *§. ult. de adm. tut.* Sed etsi ita concurrunt ut velint quidem unum agere, sed uterque se eum esse postulet seque alteri præferri velit, etiam eo dissensu sibi obstabunt, seque mutuo concursu impedient: cum nihil intersit, an ambo simul agant, an neuter alterum solum agere patiatur, *arg. in L. quoties*, in princ. *D. de usufruct.*

XIII. Sed in hoc concursu an non recte fieri dicemus, ut unus ex his a judice eligatur, et is qui magis videbitur idoneus, ut sic dirimatur controversia, et domino absenti consulatur? Minime. Non enim recte dici potest in his procuratoribus qui pariter dati sunt, unus altero magis idoneus. Dominus enim omnes pariter dando, omnium pariter fidem et industriam in ea re comprobavit; comprobando pariter fecit idoneos: non dissimiliter, atque dicitur bonum et idoneum nomen fecisse creditor, qui admisit debitorem delegatum. *L. inter*, *§. absesse*, *D. mand.* Tum autem ut sit inter hos unus alio magis peritus rerum forensium, aut industrius, tamen in re quæ ad voluntatem domini solam pertinet, non debet judex sibi sumere ut unum eligat, ne forte eum eligat quem dominus noluit. Esto enim unus re vera magis sit industrius quam alter: tamen fieri potest, ut dominus de uno consultus alterum præferat vel tanquam fideliorem et amiciorem, vel quia quacunque de caussa etiam judicio corruptus ita faciendum esse existimet. Est autem absurdum in re ad voluntatem domini pertinente jus ejus alieno judicio, non ipsius arbitrio æstimari, ut eleganter Javolenus scripsit, in *L. libertus*, *D. de lol. lib.* Omninoque hic eveniet, quod fit, cum ex duobus Titiis ejusdem nominis testator unum tutorem esse voluit ita cavens: Titius fillo meo impuberi tutor esto: et ignoratur de utro testator senserit. Placet enim in re quæ ex voluntate defuncti pendet, hanc ipsam spectari, non rem arbitrio judicis committi, ne forte is eligatur, quem testator noluit. Quod si de voluntate non possit constare, non jus deficere, sed probationem: ideo neutrum tutorem esse. *L. duo*, *D. de test. tut.* Ergo et hic cum quæretur, ex duobus procuratoribus simul concurrentibus, utrum dominus datum velit, ad voluntatem ejus recurrendum est; de qua quandiu non constabit, non jus deficiet, sed probatio: ideoque interim neuter erit procurator.

XIV. Solum igitur pluribus procuratoribus simul datis simpliciter, utilis constituetur his datio, cum agent singuli separatim: non quia incipiant hoc casu duo de eadem re agere posse diversis temporibus, ut sic tandem in eandem caussam concurrant, quod jus vetat: sed quia hoc casu futurum est, ut unus tantum ex his fiat procurator remoto altero: quod jus concedit. Aget unus videlicet solus in solidum, quod potest: quia singuli in solidum dati sunt. *L. creditor*, *§. duobus*, *D. mand.* qui ubi agere cœperit litem contestando, efficietur continuo dominus litis: quo facto omnes alios in ea lite procuratores, atque adeo dominum ipsum priorem excludet, ut supra dixi. *L. procuratoribus*, *C. de proc.* Et hoc est, quod de his definitur in *L. pluribus*, 32. D. eod. *pluribus procuratoribus in solidum simul datis, occupantis melior conditio erit: ut posterior non sit in eo quod prior petit, procurator.* Occupantis, idest, separatim prius agentis, et litem contestantis, ut postea petitionis verbo hoc idem explicatur. Est autem petere judicio agere, et litem contestari. Recte autem dicitur procurator litem contestando hanc ipsam occupare, quia hoc facto suam et sibi propriam facit, dum ejus litis dominus efficitur. Hac autem occupatione fit ejus conditio 6 melior, quia eo facto dominus litis effectus alii procuratori simul dato præfertur, ut ne is amplius in ea lite sit procurator, ut subiicitur, adeoque non hunc solum, sed et alios omnes in ea lite removet. *d. L. procuratoribus*, *C. eod.*

XV. Quid tamen, si dominus in instrumento pocurationis pluribus procuratoribus a se datis adjecerit hanc clausulam quæ est vulgata apud notarios: ut ita sint isti procuratores, ne sit occupantis melior conditio? Non eo minus occupantis melior conditio erit, qua fiat ut illo agente et litem contestato, posterior in eo quod prior petit non sit procurator. Nam nec dominus ipse qui procuratores dedit, lite ab uno contestata, eam litem etiam si velit, prosequi potest. Quantu minus in ea alium procu-

(6) Ant. Fab. *ad d. L.* 32. Quia, ait, dominus non potest efficere ut ambo admittantur, necesse est, ut aut se mutuo impediant, aut occupans potior sit. Neque enim melior conditio prius nominati, quia solus ordo scripturæ vel sermonis non immutat rationem juris, vel voluntatis *L.* 77. *§.* 12. *de L.* 2.

ratorem dare? Nihil ad rem pertinet, quod ambos istos procuratores dominus ante litem cuntestatam dedit, et superiorem clausulam adiecit. Sane enim utrumque fecit ante litem contestatam, sed hac conditione, ut uno litem occupante, quod fit lite ab eo contestata, tum vellet alterum quoque in eamdem litem procuratorem esse. Ita hujus posterioris dationem hoc casu in id tempus contulit, quod sequitur litem a priore contestatam: quo tempore procurator a priore domino constitui non potest. Porro nihil interest, utrum quid fiat non suo tempore, an factum alias in tempus non concessum conferatur. Sane superioris clausulæ hic potest esse usus, ut si procurator qui prius litem contestatus est non possit postea negotium exsequi aut nolit, possit posteriori ex ea clausula locus esse ad negotium cœptum peragendum, nisi prior alium procuratorem vice sua dederit, cum adhuc esset procurator. Nam qui litem contestatus est, quandiu procurator manet, alium procuratorem recte dat, utpote dominus litis factus. *L. neque*, *L. procuratoribus*, *C. de proc.* Superioribus autem casibus aut desiit procurator esse, aut mutari potest, *d. L. procuratoribus.* Quo mutato, nihil impedit, quominus novus procurator a domino detur in ea lite, aut qui prius inutiliter datus erat, ab eo confirmetur; idque bene constituitur in *C. si duo, de proc. li.* 6.

XVI. Atque hæc ex jure civili sunt vera ut mihi videatur, minime incerto. Adversus quæ tamen pleraque (7) constituta sunt in eodem illo *C. si duo.* Quæ cum mihi falsa videantur et ex errore juris civilis primum nata, paucis ne nos fallant animadvertenda putavi, ea lege: ut si quis ad ea sequenda satis per se in ea constitutione auctoritatis esse putat; liberum sit per me unicuique idem sequi. Sin putat ex jure civili sumpta, eo translata esse per interpretationem: errore animadverso habeat potius, quod cavendum et minime sequendum putet. Ut certe in foro et caussis civilibus jure civili nobis utendum esse inter omnes convenit.

XVII. Primum ait Bonifacius, cum duo procuratores simul dati sunt, ambos ad caussam agendam simul admitti. Liceat hic nobis breviter attingere ea, quæ ante in eandem rem disseruimus. Falsum ex *L. decreto*, *§. ult. D. de adm. tut.* ubi nec pluribus tutoribus simul recte datis plus uno agere nomine pupilli potest. Quod in pluribus procuratoribus simul datis multò magis recipiendum est: quoniam in tutoribus plus juris est propter muneris publici auctoritatem. Falsum ex definitione tradita in *L. si quis cum*, 31. *§. unius*, *D. de proc.* quæ unius litis plures procuratores dari concedit; sed hac conditione, si lis erit plurium personarum. Quod plane hanc sententiam habet, ut si una lis sit unius personæ, de quo nunc agimus, ibi non sit concessum plores procuratores dari. Adde hujus sententiæ æquitatem manifestam. Non enim possunt in una lite ab uno domino ejus litis plures dari procuratores, quin distringatur adversarius in plures personas: quod sine incommodo et injuria ejus fieri non potest *L. 2. D. de exer. act. L. quod si nolit*, *§. si plures, D. de æd. ed. L. 5. §. pen. D. jud. sol.* Quod incommodum in universa potestate procuratoris dandi cavendum esse, istaque ipsa lege omnem hanc potestatem jure constitutam esse diximus. Sed et hujus sententiæ certum argumentum est, quod placet pluribus in eadem lite separatim datis, posterioris datione priorem prohibitum videri, *d. L. si quis cum*, *§. ult. de proc.* Non enim id omnino ex alia re fit, quam quod plures simul dari non potuerunt, ut simul omnes in eodem judicio concurrerent: qui si simul dari possent, et prior datus intelligeretur et posterior, quoniam dominus id voluisset, quod et jure facere potuit. Sic plures tutores a testatore dati, quanvis diversis temporibus, omnes tutores sunt, quia jure possunt plures dari, non qui agant, sed qui tutelam administrent, *L. 2. C. de test. tut.* Sic plures quibus eadem res in solidum legata est, quanvis diversis temporibus, vocati omnes tamen ad eam rem concurrunt: quia testator camdem rem plures legare potuit. *L. si pluribus, D. de leg.* 1.

XVIII. Secundo ait, si plures procuratores simul dati sint simpliciter, non solum ambos simul accedere ad caussam posse, sed etiam debere ita, ut unus sine altero agere non possit. Quo significatur si forte unus separatim petat, et litem contestetur, nihil eum agere: omninoque occupantis non esse meliorem conditionem. Quod contra diserte negatur in *L. pluribus*, 32. *D. de proc.* sic enim verba sunt: *Pluribus procuratoribus in solidum simul datis, occupantis melior conditio erit: ut posterior in eo quod prior petit, non sit procurator.* At enim hic addi-

(7) Quod et Fulgosium testari, scribit Gifan. *ad L. 37. et seq. h. t. n.* 12.

tur *in solidum*: nos autem de pluribus procuratoribus loquimur, simul quidem datis simpliciter. Sic enim et Bonifacius dationes distinguit. Sed et hoc non recte. Nam et cum plures procuratores simul dantur simpliciter, id est, his verbis nominatim non adiectis, in solidum, nihilominus oratione ipsa singuli in solidum dati intelliguntur. Non enim dati sunt, ita ut singuli ad partem caussæ agendam defendamve accederent: sed ut singuli accederent ad caussam ipsam; quod quidem ab his nisi in solidum fieri non potest. Facta hæc sunt, caussam agere, caussam defendere: quæ non magis (8) divisionem recipiunt, nec magis cuiquam pro parte contingere possunt, quam insulam ædificare, fossam fodere, rem tradere. *L.* 4. in fin. *L. cum ex caussa*, 138. *L. stipulationes non dividuntur*, 72. *D. de verb. obl.* Denique hoc in pluribus simul datis, quanvis simpliciter, certum jus est, omnes in solidum datos videri: unde et singuli in solidum obligantur. *L. tres tutores*, in princ. *D. de adm. tut.* et ne quis exemplum non congruere tergiversetur, hoc idem et in pluribus eorumdem negotiorum simpliciter datis expressum est in *L. creditor*, §. *duobus*, *D. mand.* Postremo qui simul dati sunt simpliciter, necesse est, aut singuli in solidum dati sint, aut pro parte. Utrumvis dixerimus, nihil probibet unumquemque sine altero separatim agere. Si dati sunt in solidum, est id quod volumus. Si pro parte, quod verba dationis repudiant, tamen vel hac ratione maxime possunt per se agere singuli separatim, dum scilicet unusquisque se pro sua parte agere dicet, non pro parte alterius procuratoris: cujus pars cum non attingatur, nihil habet quod queratur sibi alterius actione quidquam præripi. Sed jam ante facta hæc, caussam agere, defendere, divisionem non recipere diximus, in qua et sententia manendum est.

XIX. Tertio ait, cum plures procuratores simul dati sunt in spiritualibus et ecclesiasticis caussis, sive nominatim in solidum sive simpliciter, unum tantum admitti debere, ne negotium implicari contingat: nempe propter naturalem plurium ad dissentiendum facilitatem. Hoc si ita est, etiam in caussis civilibus ista ratione idem admitti oportuerat. Hoc enim ratum esse debet, ne in civilibus quidem et privatis caussis procuratorem dari licere cum incommodo et injuria adversarii. Non est autem modicum incommodum adversarii rem illi implicari ex diversis personis procuratorum, ut initio hujus capitis ostendimus.

XX. Quarto et postremo sic constituit Bonifacius, cum plures procuratores ita dantur, ut non possit admitti nisi unus: si omnes dati concurrant, non ideo omnes reiici, sed rem committi arbitrio judicis, ut idoneiorem eligat, et quem elegerit, solum futurum procuratorem. Quod sane ita constitui non debuit duabus de caussis. Una est, quod de idoneiore eligendo deliberandum non est, ubi omnes dati pariter sunt idonei. Atqui verum est quod jam supra diximus, dominum istos simul dando, pariterque omnes comprobando, omnes quoque pariter judicasse idoneos, ac pro talibus habuisse. Altera caussa est, quod etsi quis dederit unum ex procuratoribus datis altero magis esse idoneum, tamen cum in costituendo procuratore quem domino demus, de utilitate et voluntate ejus privata agatur, nimirum et hujus ipsius voluntas exquirenda est, non judicis existimatio, ne forte eum eligat, quem dominus consultus nollet, etsi fortasse judicio falsus. Recte enim, ut supra dixi, Jabolenus: in re ad aliquem pertinente, absurdum esse jus domini aliena computatione, non ipsius domini arbitrio æstimari. *L. libertus*, *D. de bon. lib.* Sed moti sunt juris Pontificii interpretes exemplo plurium qui simul agunt populari actione: quos quidem convenit simul ambos agere non posse, similiter ut de pluribus procuratoribus ad agendum simul datis ante constituimus. Si tamen isti concurrant ad agendum ejusdem rei nomine, non ideo placet eos concursu ita se impedire ut neuter agat, sed rem committi æstimandam prætori, qui eliget idoneiorem, *L.* 2. *D. de pop. act.* Sed intelligere debuerant male omnibus modis istos in hac re comparari, duos procuratores a privato domino ad agendum simul datos, et duos actores, qui a nullo dati ultro ad agendum populari actione accedant. Nam primum duos procuratores dominus dat: dando idem judicio suo et voluntate pariter facit idoneos. Duos populari actione agentes nemo dat, ac proinde nemo idoneos facit, ut necesse sit unumquemque pro se ita idoneum videri, ut est natura: secundum quam

(8) Recte. Sed contra usus observat, ex *d. l.* 6. Et itaque si plures simpliciter dati, non censentur in solidum constituti *DD.* in *d. L.* 32. *h. t.* quibus et fere consentit A. Fab. *ut supr.* N. 5. Quod si quis constituat duos simul et adjiciat hæc: *et utrumque eorum* censeri in solidum datos, pluriesque sic judicatum, refert Mynsing 1. Obs. 47.

evenit ut alius alio ad agendum magis sit idoneus. Tum autem in procuratorum constitutione de re privata domini agitur. Idcirco et hujus est existimare quem suis actionibus accomodatum putet: voluntatis statuere quem sibi procuratorem esse velit. In actione autem populari agitur utilitas publica. Est enim popularis actio, quæ jus suum populo tuetur. *L.* 1. *D. de pop. act.* Utilitas publica cum ad nullum privatum pertineat, ne ejus quidem æstimatio privati est cujusquam; eo fit, ut soli magistratui apud quem agitur sit permittenda, qui idoneiorem in actione populari eligens statuet eum qui fortius et diligentius in ea actione jus suum populo tueatur.

## CAP. XVI.

Procurationem defensionemve alienæ litis neminem invitum extra munus publicum suscipere cogi. Susceptum exsequi necesse esse; sed ad modum. Quatenus necesse sit, et quæ sit in eo procuratoris obligatio litis propria.

*Continuatio rerum, atque ordo.* I.
*Invitus quis procurationis munus suscipere non cogitur.* II.
*Nisi accedat muneris publici necessitas. In quibus hæc insit generibus personarum.* III.
*Susceptum exsequi cogitur, lege mandati.* IV.
*Exsecutionem non debet adversario sed domino.* V.
*Cujus absentis nomine agere debet eo usque quod res judicetur.* ( *Interpretatio* L., invitus 17. C. de proc. ) VI. IX.
*Et victus procurator appellationem interponere.* VII.
*An et eam persequi sententiam usque.* VIII.
*Affirmans sententia defenditur,* VIII. IX. X.
*Contraria refelluntur.* XI.
*Immo et victor appellationem adversarii excipere.* XII.
*Superior illa procuratoris obligatio quot et quales habeat exceptiones.* XIII.
*An procurator ad agendum simpliciter datus defensionem absentis domini subire cogatur.* XIV.
*Negantium opinio probatur, et defenditur.* XV.
*Eademque vindicatur ab obiectis,* XVI. XVII.
*Defensor domino obligatur, et adversario.* XVIII.
*Cum domino obligatio defensoris eadem. eademque præstatio quæ procuratoris.* XIX.
*Cum adversario diversa; et hic a præstatione distiguenda obligatio.* XX. XXIII.
*Obligatur adversario defensor, sive ipse judicatum solvi satisdedit, et quo juris effectu.* XXI.
*Sive pro illo consentiente dominus: qualis hæc obligatio, subtilius explicatur.* XXII.
*Hæc habet in præstatione cum domino, ut judicium persequatur, et absolvat.* XXIII.
*Cum adversario nihil præter quam quod judicium accipiat; an ad id obligetur ex stipulatu* XXIV.
*Cur aliud juris in procuratore.* XXV.
*Defensor, et si satisdedit, non tenetur justa de caussa accipere judicium, nec ipse, nec fidejussores.* XXVI.
*Caussarum genera tria, et quæ.* XXVII.
1. *Ex persona domini capitales inimicitiæ et caussa procurationis accipiendæ finita.* XXVIII.
2. *Ex persona defensoris, si hic aut casu impediatur, aut dignitate. aut damno rei familiaris.* XXIX.
*Exceptio.* XXX.
3. *Ex persona adversarii, si hujus nihil intersit.* XXXI.
*Contraria judicii excusationi refelluntur.* XXXIII.

I. Et de potestate procuratoris invito adversario dandi hactenus. Fuit enim ejus potestatis hæc summa: Exigentibus hominum utilitabus tandem obtinuisse, ut unusquique judicio litigaturus posset ipse agere et defendi per procuratorem; sed hac conditione dum id fierit sine incommodo aut periculo adversarii. Id dum cavetur, receptam esse hanc potestatem certis conditionibus, quæ cernuntur in his rebus quinque; in caussa de qua agitur; in persona dati procuratoris in mandato domini; in præstationibus procuratori injunctis, quæ omne damnum et periculum ejus certationis amoveant ad-

versario: tum in numero procuratorum. Ac singula hæc ordine persecuti diximus huc usque, quid unumquodque hic postularet, quidve in unoquoque interveniret quod admittat, vel reiiciat procuratorem. Quæ cum omnia recte concurrent, tum erit procurator recte datus: et ea potestas dandi habendive procuratoris constituta, de qua quæsivimus. Hac potestate recepta, in qua potissimum ratio habetur adversarii, adversus quem invitum hæc potestas constituitur: cœpit deinde, ut initio proposui, quæri de cæteris personis quæ versantur in hac datione, ut videamus, quid his etiam in hac specie liceat, aut non liceat, quod ex ipsa procuratione ad eos redire debeat, aut non debeat: primum de procuratore, si forte ad procurationem obeundam vocetur invitus: deinde de domino, si quando hinc videatur procuratorem a se datum postea mutare: tum communiter de domino et procuratore, cum de facto recte dati nec mutati procuratoris quæretur, ecquid domino prosit, aut noceat: ecquid etiam procuratori, et quatenus. Ac de procuratore primum, qui secundus locus fuit a nobis initio propositus, de quo in hoc argumento quæreremus.

II. Postquam ergo invito adversario procuratorem dare concessum est, proximus locus est de procuratore, ut quæratur an et hunc invitum cuiquam dare liceat: et generaliter an quisquam procurationem defensionemve alienæ litis invitus obire cogatur. Quæ quæstio duplex est. Aut enim agitur de procuratione ab initio suscipienda, aut de suscepta exsequenda: quo ordine etiam de utraque dicemus. Et de suscipienda alienæ litis procuratione aut defensione si quæritur, sententia iners certe est, invitum procuratorem non dari, invitum neminem cogi procurationem suscipere. *L. filiusfamilias*, §. *invitus*. *D. de proc. L. invitus*, *C. eod.* Ductum ex lege perpetua mandati. Nam hoc totum, deferre alicui procurationem litis nostræ, et quod idem est, petere ab eo, ut sit nobis in ea lite procurator, nihil aliud est, quam mandare ei ejus litis procurationem, seu mandare ut eam procurationem suscipiat. Unde et procurator definitus, qui mandatu domini negotia ejus administrat, *L. 1. D. de proc.* Mandatum autem suscipere non est muneris publici, sed privati cujusque officii et liberalitatis. Ideo et hoc ipsum suscipere aut non suscipere cuivis liberum. Eaque lex est mandati perpetua. *L. 2. §. ult. L. si mandavero §. ult. D. mand. §. pen. Instit. eod.* Quapropter idem jus esse oportet et procurationis suscipiendæ.

III. Quod tamen sic accipiemus, si nihil amplius hic quæratur, quam simplex procuratio aut defensio litis cum necessitate muneris publici minime conjuncta. Quod si quis erit, in quo ad actionem aut defensionem alienæ litis insit necessitas muneris publici, ea faciet sine dubio, ut cui defertur hæc actio aut defensio, is delatam eam procurationem detrectare non possit. Inest hæc necessitas in his quatuor generibus personarum, quæ eadem adfert his, necessitatem alienæ actionis itemque defensionis suscipiendæ: in tutoribus, curatoribus, syndicis procuratoribus forensibus iis quibus ætas nostra in judiciis utitur. Tutoribus et curatoribus ut reliqua administratio rerum pupillarium vel adolescentis defertur lege, sic et mandatur actio pupilli adolescentisve, eorumque conventorum defensio. *L. 1. §. 1. L. vulgo, D. de admi. tut. L. ult. C. eod.* Sed utramque hanc delatam defugere non possunt, neque tutores neque curatores: scilicet quia tutelæ jure his defertur. Tutela autem tota munus publicum est, quod sine justa excusatione detrectare non licet. *Inst. de excus. tut.* in prin. *L. ult. D. de mun. et hono.* Syndicis quoque mandatur a curatore actio et defensio rerum ad civitatem pertinentium. *L. item*, *§. 1, D. quod cujusc. univ. nom.* Sed et hi mandatam actionem istam suscipere coguntur. Quippe syndici munus et ipsum publicum est, *d. L. ult. §. defensores*, *D. de mun. et hon.* Etiam a privatis procuratio et defensio mandari solet procuratoribus istis forensibus, quos dixi. Verumtamen ne hi quidem delatam a privato eam operam sine justa caussa detrectare possunt. Id ea re defendimus, quod certi juris est, publicam et necessariam operam esse advocatorum, idest eam, quam desiderantibus sine caussa idonea denegare non possunt. *L. 1. §. ait. 1. D. de post. L. providendum*, *C. eod.* At procuratores forenses, de quibus loquimur, in (1) advocatorum numero sunt, neque pro-

(1) Ita Duaren. *h. t. C.* 1. generaliori appellatione hos advocatos dici posse. ac nostris moribus, Procurationis munus publicum esse et Gifan. *ad L.* 8. § 1. *h. t. n.* 8. Ac notant vulgo regulam *d. L.* 17. fallere in iis, qui operas locare consueverunt DD. in *d. L.* 17. Sichar. *ibid. n.* 2. Gail. 1. *Obs.* 43. *n.* 8. P. Friler. *Lib.* 2. *de Mandat. judic. C.* 53. *n.* 11. *ac seqq.* Freher *de Infam. C.* 13. *n.* 1. Jac. Ayrer *Proces. P.* 1. *C.* 1. *Obs.* 8.

prie sunt ii quos dicimus procuratores. Sic enim definiuntur Ulpiano advocati, *qui caussis agendis quoquo modo operantur*. l.. 1. §. *honorariis*, vers. *advocatos*, *D. de extr. cog.* At tales sunt isti procuratores, qui tempora ad quidque postulandum opportuna, res item et formulas ad litem persequendam necessarias litigatori itemque et patronis ipsis subministrant. Extra hos, et breviter si quis est, a quo necessitas muneris publici ad actionem defensionemve alienam aberit (abest autem ab omnibus, qui in superiori numero non sunt) servabimus in eo perpetuam privati mandati legem, ut procurationem delatam suscipere cuivis liberum sit, invitus nemo suscipere cogatur. Invitum hic definimus, ut et in omnibus contractibus qui interponuntur inter homines sanæ mentis, non eum tantum qui contradicit, de quo nulla dubitatio est, sed et eum qui aperte (2) non consentit, *d. L. filiusfamilias*, §. *invitus*, *de proc. L. invitum*, 5. *D. de ser. urban. præd.* Et ideo si amicum rogavero, ut meo nomine judicio ageret in certa lite aut me in ea lite defenderet, et is taceat, dicemus non ideo eum procuratorem in ea lite factum videri, alioqui existimandum esse eum procuratorem invitum datum, et invitum idcirco, quia aperte non consenserit. Invitum autem dari jus non patitur.

IV. Hæc de procuratione suscipienda: Quod si de suscepta agetur, hic itidem valet lex mandati contraria, ut quemadmodum liberum est mandatum non suscipere, cæterum susceptum exsequi et explere oporteat: sic oporteat et susceptam litis procurationem, in qua et ipsa mandatum suscipitur. *d. L. si mandavero*. §. *ult. L. si quis alieni* §. *qui mandatum*, *D. mand.* Sed hujus procurationis propria quædam sunt. Ideo et hic separatim de ea obligatione exquiritur. Et quoniam alia hic obligatio est procuratoris ad agendum dati, alia defensoris; idcirco de utriusque persona et obligatione distincte dicemus. Procuratione ad agendum suscepta, de obligatione procuratoris quæ spectet ad exsequendam obligationem, duo quæruntur: Cui obligetur, tum quam ad rem. Et procurator ad agendum datus nunquam eo nomine obligatur adversario. Certe ante litem contestatam minime, etiamsi maxime datus sit, consentiente adversario, et paciscente, ut procurator ageret. Hoc enim cavetur actoris caussa: cui propterea licet juri suo renuntiare. *L. pen. C. de pact.* Huc pertinet ius constitutum, quo fit, ut nemo invitus agere vel accusare cogatur. *C. ut nemo invit. ag. vel act. cog.* Quin etiam lite a procuratore cum adversario contestata, licet ei litem deserere. Tantum hoc periculum est, quod absens damnari potest. Cæterum ob procurationem susceptam nulla est actio adversario adversus procuratorem. Solum igitur qui hanc procurationem suscepit, obligatur mandati domino, cujus mandatu agit: si non ita mandatum exsequatur ut oportet; ejusque rei nomine quemadmodum et susceptæ administrationis placet procuratorem ut in cæteris quoque negotiis, ita et in litibus ex bona fide rationem reddere debere. *L. qui proprio*, 46 §. *procurator*, *D. de proc.* Restat igitur, ut ut illud alterum quæratur, quid procurator hic præstare de-

*n.* 6. ac in iis, qui a magistratu constituuntur, ac qui ordini Procuratorum publice adscripti. Phil. Matthæ. *ad L.* 156. *de R. I. n.* 4. Sich. *d. loc.* Sic Procuratores pauperum invitos cogi, si habeant salarium a magistratu, scribit Monach. *Pract. judic. P.* 6. *C.* 3. *n.* 12. *et seqq.* Amplius A. Fab. *ad d. L.* 8, §. 1. nihil fere simile habere nostros cum antiquis, de quibus *h. t. D. et C.* cum illi omnes mercenarii sint, magisque ex locationis, quam mandati contractu obligent, et obligentur. Nec posse operam potenti recusare, quia certi sint et jus impediendi habeant, ne alius extra ipsorum matriculam admittatur. Sic, ex ord. *Cam. P.* 1. *tit.* 19. §. 5. ad hoc compelluntur pœna interdictionis fori, Gail. *d. Obs.* 43. *n.* 6. Myns. 4. *Obs.* 32. Ayrer. *supra d. n.* 6. Jure quoque Saxonico munus hoc necessarium esse, notat Reinhard. *P.* 4. *Diff.* 22. *per text. Lib.* 1. *Art.* 60. qui tamen de advocatis loquitur. Sed et Procuratorum olim in quovis foro certum numerum fuisse, quibus solis caussas committere licuerit, ex const. Græca, quæ in *L. pen. et ult. C. h. t.* habetur, probat Cujac. 13. *Obs.* 5.

(2) Nec scientia et silentium hic, pro voluntate. Baro *ad d. L.* 8, quia de obligando agitur. Constitutum tamen, *Clem.* 1. *ext. h. t.* ut si instrumenta, vel litteras procurationis aliquis sciens accipiat, nec contra protestetur, consensisse censeatur, Gifan. *ad L.* 1. §. *ult. h. t. n.* 42. Unde si postea negocia neglexerit, mandati tenetur, Duar. *h.* 1. *C.* 3. Quod etsi forte non temere; ast contra rationem juris civilis videtur, *d. L.* 8. §. 1. nec recte comprobatur arg. *L. filiusf.* 17. *ad SC. Maced.* a Chil. Konig. *Process. P.* 1. *h. t. pag.* 109. Confer. Octav. Vestrius *Pract. aulæ Rom. Lib.* 4. *Ca.* 5. *ibique in annot.* Nic. Ant. Gravat. *lit. D.* Licet vero constitutus initio dissensum indicet, quamdiu tamen constituens voluntatem non mutavit, acceptare potest, quandocunque libuerit *C. licet* 7. *extr. h. t. in* 6.

beat, quam ad rem ipse obligetur. Et duo sunt, quæ procurator si quidem agere velit, præstare debeat: primum agere absentis nomine: deinde si mutuo conveniatur dominus, hunc ipsum defendere: prius jure mandati quod nominatim recepit: posterius ex edicto, quo ita cautum est, ut qui actionem alterius nomine sibi dari postulabit, is eum boni viri arbitratu defendat. *L. servum*, §. *ult. D. de procur.* Ita in summa in ufficio procuratoris ad agendum dati duo hæc versantur, actio nomine domini, et hujus ipsius mutuo conventi defensio. De utraque parte suæ sunt et justæ dubitationes: de quibus quid placeat, breviter cognoscamus.

V. Primum hoc est extra omnem controversiam, procuratorem ad agendum datum aperte hoc suscipere se de ea re in qua datus est nomine domini acturum: ut proinde, nisi quid impediat, debeat hoc ipsum præstare, et hactenus implere susceptam fidem sicut mandati lex postulat, et facere jubetur in *L. invitus*, in fin. *C. de proc.* Hoc quæritur: quousque agere debeat fide suscepta, qui id recepit, quodque idem valet, quid eo suscepto contineatur. Ac primum hoc quæritur, utrum satis sit procuratorem ab initio agere et rem in judicium deducere litem contestando, quo res judicio inclusa salva et perpetua esse incipiat domino: an vero litem institutam debeat persequi ad extremum, donec res judicetur, atque ita finem accipiat sententia judicis. Et placet eum ita egisse, ut rem duntaxat in judicium deduceret. Indicant verba *d. L. invitus, C. de procur.* Sic enim scribunt Imperatores: *Invitus procurationem suscipere nemo cogitur: nec eamdem ultra nisi provocationis caussa extendere.* Nec eamdem sic accipe susceptam, quod omnes recte interpretantur. Neque enim recte quæri potest, an ultra aliquem modum extendi debeat procuratio, nisi de ea quam constat ad aliquem modum implendam esse, de qua ipsa amplius quæratur, an ultra extendi debeat. Neque vero debet aliquo usque impleri, nisi prius suscepta: semper enim tenendum est, quod est in extremo *d. L. invitus*, Sufficere implere susceptam fidem. Hoc igitur dicunt Imperatores, procurationem a principio invitum suscipere neminem cogi. Susceptam si quis susceperit, exsequi quidem debere, sed ita, ut nec eam ultra nisi provocationis caussa, id est, ultra quam provocationis caussa cogatur extendere. Quo significant, intra eum modum saltem et usque ad provocationis caussam procurationem extendi debere. Non est autem provocationi locus, nisi re prius judicata, id est, sententia lata, a qua appelletur. *L. 1. D. de appella.* Ita vi ipsa hæc dicunt, procuratorem ad agendum datum, procuratione suscepta, ut minimum de re agere debere, donec prima illa lis ad exitum judicii perducatur: quod fit re judicata. Responsum hoc recte ex significatione rei susceptæ. Recipit procurator se acturum domini nomine. Agere non est litem instituere de re aliqua, sed rem judicio persequi: unde actio, jus judicio quid persequendi *Inst. de act.* in pr. Hoc autem persequi, est eo usque j is aliquod sequi, donec consequamur, aut certe donec certum fiat, id nos amplius consequi non posse, eoque nec persequi. Persequi enim valet ad extremum usque sequi. Jam vero non prius ita persequimur in prima lite, quam res judicata sit et sententia lata quæ finem imponat controversiæ. *L. 1. D. de re jud.* Quare qui se acturum recipit, idem hoc ipsum recipit, se donec res judicata sit, acturum. Idem autem susceptam implere debet.

VI. Quæritur amplius, re judicata si procurator ad agendum datus victus sit, an si appellandum ei videbitur, appellare ipse debeat. Quæstio in eo est, an et hoc receperit, se appellaturum; postquam hic, ut est in *d. L. invitus*, fidem susceptam implere sufficit. Et placet victum quoque procuratorem (3) appellare debere. Quod et ipsum efficiunt superiora verba *d. L. invitus*, quæ dum vetant procurationem extendi ultra quam provocationis caussa, hoc exprimunt eam etiam ad procurationem debere extendi: ut si nihil aliud, saltem hæc necessitas imponatur procuratori, ut appellet sive ut appellationem interponat. Quod de fidejussore victo expressum est in *L. si procuratorem*, 8. §. *igitur*, *D. mand.* Præter fidem susceptam hoc, dixerit aliquis, eoque non recte constitutum cum ut dixi, susceptam fidem implere sufficiat. Non enim videtur procurator qui se acturum promisit, si nihil aliud adjiciat etiam de appellando, quidquam recepisse. Immo et hæc appellatio agendi verbo continetur: ex quo est pro suscepta fide hæc ap-

(3) Quod de inter ositione inter omnes convenit, etiam jure Canonico *C. pen. ext. h. t.* Vasq. 2. *Contr. usufreq.* 19. *n.* 1 Sed si generaliter datus, seu ad totam litem; secus si ad unicum actum, veluti ad audiendum sententiam Boer. *Decis.* 285. *n.* 9. Et nisi justa prior sententia, ut *infra N.* 13.

pellandi necessitas. Jam enim dixi agere esse rem judicio persequi: hoc autem persequi nihil aliud esse, quam tandiu sequi, donec agendo consequi possumus, nec prius desinere, quam aut consecuti simus quod volumus, aut certum sit amplius agi non posse. Atqui victus sententia judicis procurator nihilominus adhuc de eadem re jure agere potest. Licet enim jure communi a sententia appellare, ut appellatione rescindatur prius pronuntiatum. *L.* 1. *D. de appel. L.* 1. in lin. *D. ad Turp.* Quapropter et agendi mandato suscepto, procurator ipso agendi verbo et se appellaturum, si victus esset, recepisse intelligitur.

VII. Hoc posito, procuratorem victum appellare debere, tertium quæritur, utrum ita debeat, ut satis sit eum interponere appellationem, quam exerceat postea dominus si velit; an vero etiam interpositam appellationem debeat ipse ad extremum persequi, donec et de ea judicetur. Hinc vero interpretretes ad eam *L. invitos*, distrahuntur in contrarias sententias, ut se dant in hac quæstione alii atque alii loci qui in contarias partes ducere videntur. Placentini (4) vetus sententia fuit: procuratorem victum ut appellationem interponere debet, ita et a se interpositam ipsam persequi debere, pro qua sententia non dubitavit esse *L.* 2. *D. an per al. caus. appel. red. poss.* qua et illum motum esse Accursius et Bartolus referunt. Alii contra certatim prope omnes hac sententia repudiata contrariam (5) admiserunt, ut defenderent procuratorem victum appellare quidem debere, quod manifestis lucis traditur: sed hactenus, ut appellare tantum necesse habeat, non etiam appellationem persequi, quam nec exercere possit, si velit. Cujus sententiæ rursum putaverunt se certum argumentum habere in *L. si actor, C. de appel* ubi de actore a curatore ordinato ita scriptum est, ut dicatur si victus sit appellare posse: appellationem autem non modo non cogi exercere, sed ne posse quidem: verum curatoris munus futurum, ut ipse exerceat.

VIII. Mihi vero dubium non est, quin recte senserit Placentinus, omninoque ita statui debeat procuratorem, officio ad agendum suscepto, etiamsi nihil amplius receperit, tamen victum appellare debere, et si nihil aliud impediat, appellationem suo sumptu debere persequi, itidem ut debuit primam litem persequi ad extremum propter fidem agendi susceptam. Efficitur hæc eadem illa ratione, qua superiora, et ne res auctoribus egeat, confirmatur sententiis auctorum tam non obscure, ut turpe sit eas infirmare conari. Constat huic sententiæ sua ratio, et ea certa ex definitione agendi superiore. Nam, ut dixi, qui se acturum occepit de re

(4) Et Cort Jun. *ad L.* 3 *de jurisd. n.* 117. ref. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 19. *n.* 2. qui et ipse consentit, et belle confirmat, quia, ait cum sententia prioris instantiæ appellatione rescindatur, non potest dici per eam lis peracta, et consummata cum nihil actum intelligatur, quando superest agendum *L. pen. et ultim. ad Senatuscons. Silan.* Et caussa appellationis, quasi pendens et adnexa ad caussam principalem, ut de ea idem judicandum sit. Consentit item Bronch. 1. *Misc.* 25. Bus. *ad L.* 62. *h. t. n.* 2. add. A. Fab. *C. Fabr. h. t. defin.* 17.

(5) Ita Ang. *ad L.* 17. *C. h. t.* ref. Sichar. *ibid. n.* 6. Achil. de Grassis *Decis. Rot.* 73. nec posse Procuratorem in priori instantia dominum litis effectum, procedere in secunda, et Wurmser. *Tit.* 5. *Obs.* 9. Menoch. *Cons.* 719. *n.* 2. ( ubi nec executionem recte ab eo peti, nisi et id mandatum statuit, ut et Wurmser. *Tit.* 5. *Obs.* 7. fuse Roderic. Suarez. *in lectura L. post rem jud. in declarat. legis Regni §. Quia supra visum est fol.* 571. *et seqq.* Sed in addit. ad Wurmser. Mynsing. notat in Camera imperiali hoc posse Procuratorem exigere. ) Sed horum opinio, etiam jure Canonico falsa. Nam, eo ipso, quod Pontifex, in *C. pen. extr. h. t. in fin.* non teneri prosequi invitum scribit, posse sponte id facere innuit. Unde alii communiter exercitionem appellationis invito non injungi, ast nec volenti negari, statuunt teste Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 19. *n.* 2. Quorum sententia, jure Canonico probata *d. C. pen.* ast jure civili falsa, ut hic noster, etsi præter relatos a Vasq. *d. loc.* dissentiunt Wesenb. *in Par. h.* 1. *n.* 11. Sich. *in L.* 17. *C. h. t. n.* 6. quia, ait, cum caussa illa, quoad appellationem integra sit, posse Procuratorem officio renunciare. ( Sed nec hoc noster inficietur, ut *infra N.* 13. Nec tamen inde simpliciter DD. opinio probatur ) Boer. *D. cis.* 285. *n.* 9. *et seq.* Gail. 1. *Obs.* 139 *n.* 11. Gifan. ad *L.* 17. *C. h. t.* Hering. *de Fidejuss. C.* 20. §. 20. *n.* 3. Excipiunt appellationem ab interlocutoria; quæ illa ex iisdem actis prioribus justificanda, Gail. *d. n.* 11. et quia non functus officio Procurator, priusquam lata definitiva, Sichar. *d. loc. n.* 7. Sed nisi ajunt, caussa appellationis tractanda, in loco valde dissito, Boser. *Singul.* 26. *n.* 33. Boer. *Decis.* 285 *n.* 10. *et seq.* Excipiunt item Procuratorem generaliter datum, ad omnes caussas, Sichar. *d. loc. n.* 8. Gail. *d. n.* 11. Boer. *d. n.* 11. Aut nisi mandato inserta clausula, de interponenda et prosequenda appellatione. Ubi tamen adhuc cautius facere Procuratores, qui se denuo constitui curant, scribit Ayrer. *Process. P.* 1. *C.* 3. *Obser.* 1.

aliqua, vi verbi recepit se tandiu acturum, quandiu de re agi recte potest, ut litem ad extremum persequatur, donec aut consequatur agendo quod petit, aut re judicata certum fiat actum amplius agi non posse. Qua ipsa ratione sola effici constat, quæ supra constituimus, de quibus ipsis inter omnes convenit; procuratorem uimirum re in judicium deducta agere ad extremum debere, donec res judicetur; insuper et re judicata appellare debere. Quæ sane non recte injungerentur procuratori, nisi essent ex fide mandati suscepta, neque essent ex ea fide, nisi agendi verbo quod mandati est, continerentur. Atqui re judicata de eadem re adhuc agi potest auxilio appellationis, non utique ut interponatur tantum appellatio, sed ut iuterpositam persequatur procurator, agatque caussam appellationis, donec et de ea judicetur. Quare qui se alieno nomine acturum promisit, idem et hoc promisit appellaturum se, si res ferat, et caussam appellationis se persecuturum, et quia promisit, fidem in eo susceptam implere cogitur, *d. L. invitus*. Accipe jam certas sententias auctorum in eamdem sententiam consentientes.

IX. Primum licet in hoc numero habere eam ipsam *L. invitus*, *C. de appellat.* Vult rescriptum, procuratorem ad agendum datum procurationem etiam ultra rem judicatam extendere debere, saltem provocationis caussa. Hoc verbum provocationis generale est, quo continetur tam provocatio interponenda, quam interposita persequenda. Nam et provocatio quam persequimur, vere provocatio est, cum persequendo magis ac magis provocationem confirmemus, eamque promoveamus. Dicamus igitur id, qnod in simili verbo *luminum*, de quibus cautum erat, Pomponius respondit; probandum esse verbo generali omnem provocationem significari tam quæ interponenda est, quam quæ interposita persequenda. *L. si servitus*, *D. de servit. urban. præd.* Sed quoniam hæc verba, provocationis caussa, etsi generalia, tamen ambigua sunt, possuntque disputando tanquam ex mente auctorum ad priorem tantum speciem contorqueri, sit sane hoc argumentum levius. At diserte hæc sententia expressa est in *L. 2. D. an per ali. caus. appel. red. poss.* cujus etiam loci testimonio usum fuisse Placentinum jam ante dixi. Sic autem verba sunt: ***Si procurator absentis appellaverit, deinde rationes reddiderit, nihilominus et ipse respondere debet.*** Sententia est, si procurator victus appellaverit, ut pro officio appellare debet, quanvis rationes reddiderit appellationis suæ, nondum tamen fuoctus est officio suo, sed nihilominus ipse (6) respondere debet, id est, caussam appellationis agere, si vult satisfacere fidei et obligationi susceptæ. Quo quid dici potuit apertius? Et fatentur omnes hanc esse sententiam, sed Bartolus cum Accursio locum eludere conatur, et ait scriptum hoc esse a Macro de procuratore omnium bonorum, vel quod in lite idem valet, de procuratore generaliter ad omnes lites dato, vel de procuratore nominatim dato et ad primam litem, et ad caussam appellationis. Sed verba repugnant: ait enim simpliciter Macer, *si procurator appellaverit.* Procuratoris verbo non significatur tantum procurator ad omnes res aut lites, vel plures nominatim datus, sed etiam (7) simpliciter datus ad agendum de re una aliqua. Nam et ad unam rem datus nihilominus procurator fit. *L. 1. D. de proc.* Repugnat vero multo magis sententia auctoris, quo minus responsum de superioribus procuratoribus possit. Nam plus quam stultum est dubitare, an procurator nominatim etiam ad caussam appellationis datus, debeat appellationis caussam agere, cum ea caussa sit pars administrationis aperte ei commissæ et ab eo susceptæ. Ita et de ea re non posset esse Macri, nisi stultum responsum: quales dubitationes et qualia responsa in Jurisconsulto admitti non oportet, adversante et irridente Celso in *L. Domitius*, *D. qui testa. face. poss.* Restat igitur, ut potius contra definitio Macri accipienda sit, uti et verba sunt, de procuratore solum simpliciter ad agendum dato: de quo ideo justa dubitatio est, an appellationis caussam agere debeat, quia is est, qui de appellando, aut persequenda appellatione nihil aperte recepit.

X. Hoc idem probat non minus certe *L. si procuratorem*, 8. §. *igitur*, *D. mand.* Illic scribit Ulpianus, si fidejussor nomine debitoris conventus damnatus sit, si quidem scierit, incumbere ei necessitatem provocandi, nisi tamen, inquit, paupertas ei non permisit appellare, tum enim excusata est ejus inopia. Loquitur ergo Ulpianus de ap-

(6) Quin imo, nec dominus ipse, aliter respondere potest, quam Procuratore cessante *d. L.* 2. Quod et ægre receptum apparet, quia durum videbatur, non posse dominum, hoc casu, litem suam peragere.

(7) Adde, quod usu juris Procurator, sine adjecto, passim denotat specialem. Verba autem in potiori significatu, eoque quo crebrius usurpantur, accipienda.

pellatione a fidejussore non interponenda solum, sed et persequenda. Non enim potest impedire paupertas fidejussoris, quominus appellet, si nullus sumptus in appellatione ei faciendus est. Nam quæ res sumptum non desiderant, sed verbo aut opera sola transigi possunt, eæ non minus recte ab homine paupere expediri possunt, dum intelligente et industrio, quam ab homine quovis divite, aut etiam ditissimo. Atqui in appellatione interponenda nullo sumptu opus est. Appellari enim potest etiam uno verbo, ut quis dicat appello, *L. litigatoris, C. de appellat.* Si quis hic sumptus faciendus est, is faciendus est in appellatione persequenda, non interponenda. Quare cum appellatione a fidejussore consulto omissa, velit Ulpianus solam hic inopiam fidejussoris excusatam esse, et hanc propter sumptum, qui in appellatione faciendus sit, quem sumptum paupertas non permittat; necesse est intelligi, quod dixi, sentire Ulpianum de appellatione a fidejussore peragenda, non autem solum interponenda; atque hoc dicere fidejussori condemnato incumbere necessitatem provocandi, non ut interponat solum verbo uno provocationem, sed ut hanc interpositam persequatur, nisi paupertas ei obstet, quominus in persequenda sumptum necessarium facere possit. Id si in fidejussore recipitur, qui tacitum tantum mandatum de re defendenda a reo pro quo fidejussit, accepit: multo magis recipiendum est in procuratore, cui actio et lis exercenda aperte mandata est. Neque ideo exemplum non congruere quis existimet quod superius de fidejussore, eodemque defensore scriptum est, nos de procuratore ad agendum dato loquimur. Eadem hic utriusque ratio est et defensoris, et procuratoris ad agendum dati. Ut enim procurator cui res defendenda commissa est, hoc suscipere intelligitur, ut dominum defendat, quamdiu defendi in lite mandata potest, ex quo est superior illa provocandi et provocationis a fidejussore persequendæ necessitas: ita non minus procurator ad agendum datus hoc suscipit, ut agat de re mandata, quamdiu de ea agi potest, ut ante satis ostendimus. Quo utroque recepto, prima actio, et caussa appellationis pariter recipi intelligitur: proinde et horum utrumque pro fide suscepta a procuratore tam ad agendum, quam ad defendendum dato pariter impleri oportere. Et agnovit quidem Bartolus in fidejussore, de quo Ulpianus loquitur, eam sententiam illius esse, quam supra dixi: huic, inquam, incumbere necessitatem appellationis non solum interponendæ sed etiam cum sumptu persequendæ, nisi paupertas ei non permittat ita appellare. Sed negat exemplum recte trahi ad procuratorem, sive is ad defendendum datus sit, sive ad agendum: hac ratione, quod dicat procuratorem solum alieno nomine agere, fidejussorem autem nomine debitoris conventum non agere solum illius caussam, sed etiam suam; quippe qui et ipse obligetur: et quia de re quoque ejus agatur, ideo et ipsum ut in re sua non solum appellare, sed et appellationem persequi posse et debere. In quo ab illo valde oscitanter erratum est. Non enim quæritur, an fidejussor possit in ea caussa appellare, et agere caussam appellationis, quod sane unumquemque facilius in caussa sua facere constat, quam in aliena: sed quæritur, an cogatur fidejussor debitoris caussa conventus ea facere. Nos cogi eum fatemur. Valde errat si quis ideo cogi putat, quia de re ejus agitur: cum potius hac ratione dicendum fuerit non cogi fidejussorem, non dico persequi appellationem, sed ne appellare quidem. Omnino res ita habet, ut si qua hic istius officii necessitas est in fidejussore; ex eo sit dumtaxat, quod de re debitoris agitur. In re sua licet unicuique victo appellare, licet et pro arbitrio impune omittere appellationem. Bene enim et eleganter Constantinus, *suæ quisque rei moderator atque arbiter negotia sua proprio arbitrio gerit. Aliena vero exacto officio geruntur, nec quidquam in eorum administratione neglectum culpa vacuum est,* L. in re. *C. mand.* Quæ cum ita sint, et eam certitudinem ostendant quam dixi, non debuerunt interpretes tam certam sententiam mutare: præsertim cum satis intelligere possint superiores locos, nisi ineptis et frivolis cavillationibus eludi non posse. Nam de ratione verbi quam supra dixi, facile illis ignosco, quando de ea ne per somnium quidem cogitatur: ad quam tamen ut in quæstione de fide suscepta, potissimum cogitationem referri oportebat.

XI. Sed moventur *L. si actor, C. de appellat.* ubi suam sententiam expressam putant. Vult enim rescriptum, actorem a curatore ordinatum, si victus sit, appellare quidem posse: appellationem exercere adeo non cogi, ut ne possit quidem, sed ea res curatori committatur. Male vero hoc loco moventur, ut a superiore sententia discedant. Agitur enim illic de actore qui a curatore ordinatus est ad litem, qui idem, ut rescriptum loquitur, deteriorem calculum in ea lite reportavit, idest, victus est: nos

de procuratore agimus. Inter procuratorem et actorem a tutore vel curatore datum plurimum interest, sive initium constitutionis spectemus, sive constitutionis effectum, seu utrius que constituti potestatem. Ab initio sic utriusque constitutio est. Procuratorem dat dominus litis: actorem tutor aut curator, qui domini non sunt. Procuratorem constituit: dominus, cum ei videtur, pro arbitrio; utpote in re sua, cujus ipse moderator est, et arbiter: eoque et tantum in eum confert, quantum videtur. Tutor aut curator actorem constituere non possunt ut volunt, sed ita, si justa caussa sit, cur in actorem istum exoneretur pars administrationis, et ea caussa magistratui probetur: cujus decreto propterea hic actor constituitur periculo tutoris, curatorisve: *L. decreto, D. de administ. tut.* De quo plura diximus suo loco, titulo, *Ubi mandato opus sit ei, qui alieno nomine agit.* Hinc potestas constituti utriusque et procuratoris et actoris longe dissimilis. Dominus quia plenam rei potestatem habet, actionem alicui mandando, tantum intelligitur mandare, quantum agendi, idest mandatæ rei verbo continetur. Potest enim mandare: et quod potest, etiam eum mandare velle verba mandati ostendunt. Ac procurator id suscipiens tantumdem scilicet recipere intelligitur. Continetur autem agendi verbo, ut agat procurator, quandiu de re jure agi potest. In quo inest etiam post rem primo judicio judicatam auxilium appellationis ejusque appellationis persecutio. Non eadem persona est tutoris curatorisve actorem constituentium. Hi ut domini non sunt, ita nec alia lege his conceditur actorem constituere, (8) quam ut quam minimum de eorum administratione decedat, ne quod eorum curæ et fidei commissum est, per alios gestum corrumpatur. Neque aliud sentit magistratus, cum his actorem constituere non nisi ex justa caussa eorum cessationem excusante permittit. Hinc placet actore constituto videri ei tantum primam litem committi, secundam caussam appellationis curatoris judicio et administrationi reservari. Non quia non actori isti quoque generali verbo mandetur actio sicut et procuratori: sed quia non patitur utilitas pupillorum aut adolescentium, ut plus mandatum intelligatur, nisi nominatim et de eo cautum sit: quo scilicet quam maxime fieri potest, minorum actio et commodum in fide atque administratione tutoris curatorisve retineatur. Id adeo ex *d. L. si actor*, non difficile potest intelligi. Convenit enim inter omnes, procuratorem victum ut minimum cogi saltem interponere appellationem *L. invitus. C. de procurator.* nempe quia et hoc ex fide suscepta, ut appellet. Nam præterquam quod suscepit, præstare nihil cogitur, *d. L. invitus.* At actor iste a curatore ordinatus appellare non cogitur, ut intelligamus ne hoc quidem illi commissum esse, aut ab eo susceptum. Declarant verba *d. L. si actor*, sic enim verba sunt, victo isto, actore victo, dicatur tam ipse, quam curator posse ad provocationis auxilium permitti. His verbis actor appellare potest, significatur enim appellare posse, si velit; si nolit, non cogi, ut declaratur in *L. sæpe, L. generaliter, seq. D. de offic. præsid.* Non dubitabimus igitur manere in ea sententia, ut constituamus, procuratorem ad agendum datum non solum agere debere, donec res primo judicetur: sed etiam re judicata si victus sit, debere appellare, nec minus interpositam appellationem persequi, donec et de ea judicetur: omnia hæc ideo, quia ex fide suscepta: susceptam autem intelligi ex verbo agendi, cujus ea vis sit, ut eo verbo hæc omnia contineatur. Moveri nos in contrariam sententiam nullo modo debere exemplo actoris a curatore ordinati: quia hujus tanta dissimilitudo sit a procuratore, quantam ostendi; quæ certe efficiat, ut in hac potestate non possint in eadem caussa haberi.

XII. Hæc de procuratore victo dicta sunt. Quid, si is vicerit, reo scilicet unde petebatur, condemnato? an hujus quoque appellationis judicium suscipere debebit pro officio suscepti mandati, et hic ejus judicii exitum exspectare? Dicemus eum hoc quoque pro fide suscepta præstare debere. Nam si victus ultro appellare debet, atque ita ultro agere; multo magis victor appellatione adversus sententiam interposita priorem actionem suam tueri debebit, et in actione suscepta hactenus perseverare. Minus est enim tueri quod quæsieris, quam persequi quod non habeas. Hæc sententia expressa est in defensore, seu malumus in procuratore ad agendum dato in *L. qui proprio. §. item quæritur. D. de procurat.* Scribit enim Cajus, si judicium acceperit defensor, et actor in integrum restitutus sit (intellige, sententia prius adversus eum lata pro defensore) placere cogendum esse defensorem judicium

(8) Ita et Bronch. 1. *Ass. Misc.* 25. A diversis itaque male infertur Vasq. *Contr. usu freq.* 19. *n.* 5.

restitutorium accipere. Cogendum sic accipe, si velit obligationi mandati, et fidei susceptæ satisfacere. Si restitutionis judicium suscipere debet, debet et judicium interpositæ ab adversario provocationis. Nam in integrum restitutio et provocatio remedia duo sunt, quibus pariter suspenditur et infirmatur prior sententia: quam ob caussam in hac re ut ejusdem rei remedia sæpe hæc inter se comparantur ut *L. præses, D. de minor. L. si caussa, C. de transact.* Negat tamen (9) Bartolus ad *d. L. invitus.* defensorem provocationis ab adversario interpositæ judicium suscipere debere: et ut locum supra a me in hanc sententiam citatum effugiat, negat eamdem caussam esse provocationis, quæ in integrum restitutionis: et hanc rationem adfert scilicet, quod in integrum restitutione eadem lis et caussa versetur, unde et apud eumdem judicem qui priorem sententiam tulit, in integrum restitutio postulari potest, *d. L. præses, de min.* in provocatione autem alias lis sit, quam in judicio priore. Quod quam falsum sit, quis non videt? qua enim de re agitur in appellatione, nisi de caussa priore de qua quæritur, an recte judicatum sit nec ne? *L. eos. C. de app.* Sit igitur hæc summa, ei qui actionem de re aliqua alieno nomine suscepit, suscipi omnem litem qua de eadem re agi potest. Proinde et primum judicium totum et simul caussam appellationis. Et hanc quidem ita, non solum ut appellet victus, sed etiam ut victor excipiat appellationem ab adversario interpositam, et victoriam priore sententia partam adversus hanc tueatur.

XIII. Atque hæc obligatio est mandati qua tenetur procurator ad agendum datus, cum agitur de actione ab eo suscepta, quæriturque quid pro fide suscepta in eo præstare debeat. Sed hactenus hæc obligatio, ut suas quasdam habeat exceptiones, quibus efficitur, ut justis de caussis possit hic procurator actionem quam suscepit defugere: alias ut judicium ipsum possit non ingredi jam ab initio: alias ut judicio suscepto et re judicata possit omittere appellationem: alias ut possit judicium susceptum necdum finitum impune deserere. Judicium omne jam ab initio vitare potest, si tempestive renuntiet domino mandatum: quod fit nondum judicio suscepto, et cum dominus æque nunc per se aut per alium agere potest, atque antea potuit: quæ (10) lex est mandati communis. proinde et in mandato delatæ actionis similiter observanda. *L. si mandavero, §. ult. D. mand.* Potest et re judicata omittere appellationem tribus de caussis. Una est, si paupertas ei non permittat sumptum facere in appellatione persequenda. Altera, si testato conveniat dominum, ut si ipse putet, appellet: quæ duæ caussæ comprehensæ sunt ab Ulpiano in *L. si procuratorem*, 8. *§. igitur, D. mand.* Tertia, si inter agendum deprehenderit dominum malam caussam habere, et recte (11) adversus eum judicatum. Licet enim procuratori in tota ea actione agnoscere bonam fidem, ac propterea re judicata et æquitate sententiæ cognita, acquiescere judicatis. Hoc in persona tutoris scriptum est in *L. quoties*, 9. *§. sicut, D. de adm. tut.* quod et ipsum ad procuratorem pertinet. *L. si fidejussor. §. quædam, D. mand.* Sed et susceptum jam judicium, et necdum finitum potest procurator deserere, cum hoc impetraverit ut mutetur: impetrat autem non prout ipsi visum erit, sed ex caussa. *L. mutari*, 24. *D. de proc.* Iustæ caussæ sunt, quæ sunt comprehensæ in *L. post litem.* et seqq. aliquot *D. de proc.* eædem scilicet propter quas maxime et dominus potest mutare procuratorem, quæ ex sequenti capite petendæ sunt. Sed quid hic caussa alia opus est procuratori ad deserendum judi-

(9) Et Boer. *Decis.* 285. *n.* 11. Gifan. *in d. L.* 46. §. 3. *n.* 15. quia, ait, restitutio plane cohæret priori judicio et fere eadem, appellationis vero judicium distinctum. Ast immo appellationis judicium non ita distinctum, sed instantiæ modo diversæ, una caussa, eadem actio. Restitutorium autem vere novum est etsi in locum prioris quasi subrogatum, ut A. Fab. *in d.* §. 3. et actio diversa. Aliter Elb. Leonin. 1. *Emend.* 15. *n.* 3. *et* 4. qui *d.* §. 3. accipit de defensore in judicio restitutionis rescindendæ, an cogatur suscipere rescissoriam; ac ibidem legit, magis placet cogendum *procuratorem*, hac vocula adiecta, testans ita in Codicibus aliis, quam Florentinis legi.

(10) Vid. *supra Lib.* 16. *C.* 23. *N.* 13 et de exoneratione Procuratoris, Gail. 1. *Obs.* 46. ubi tradit *n.* 3. hodie, nec ante litem contestatam, rem integram aut renunciationem liberam esse, per *Clem* 1. verbo *cogi ext. h. t.* et quia mandatis inseri solet satisdatio domini.

(11) Et arg. *L.* 31. §. 2. *de neg. gest.* Sich *ad L.* 17 *C. h. t. n.* 4 Boer. *Decis.* 285. *n.* 9. Justa autem sententia in dubio præsumitur *C. in præsentia* 6. *extr. de renunc.* ast contrarium probari potest, ideoque tutius esse, ut semper appellet, scribit Sichar. *d. loc.*

cium, dum tempestive renuntiet domino mandatum, et cum ille non minus per se aut per alium idoneum agere potest, ut est lex omnis mandati? *d. L. si mandavero §. ult. mand.* Hoc ideo, quod judicio cœpto a procuratore per litis contestationem, desiit illi res esse ad renuntiandum mandatum integra. Primum quod lite contestata dominus litis factus est *L. procuratoribus, C. de proc.* Nemo autem dominus alicujus rei sola voluntate dominus esse desinit. *L. si quis vi §. D. de acquir. poss.* Deinde quod procuratore domino litis effecto, simul desiit et prior dominus summo jure esse dominus ejus litis: unde nec de ea potest statuere, sed solus procurator, *d. L. procuratoribus D. de proc.* Contra jus igitur postulat procurator ita se mutari, ut litem suam in eum qui summo jure dominus non est, exoneret. Quarum rerum dum ratio habetur, etiam placuit nec procuratorem (12) post litem contestatam posse sine caussa judicium a se excutientem id transferre in dominum, cujus de re agitur. Sed ex caussa placuit posse itaque edicto prætoris cautum est: dum hactenus summi juris rigor æquitatis ratione temperatur. Re vera enim de re prioris domini semper agitur, non procuratoris: eoque et is vere dominus est qui prius fuerat, non procurator. Sed cum inducta sit hæc exceptio edicto præter communem legem mandati; recte dixerimus superiores exceptiones communes esse cum reliquis mandatis omnibus: hanc propriam mandati de lite aliena suscepti.

XIV. Hæc de priore parte officii ejus, quod suscipit procurator ad agendum datus. Altera pars erat, ut proposuimus, defensio qua hoc continetur, ut si agere volet, et forte mutua petitione ex persona domini conveniatur, dominum defendere debeat. *L. servum, §. ult. de proc.* De hac defensione non idem quærimus, quod supra, sed converso modo. Prius enim non quæsivimus, an procurator ad agendum datus suscepto mandato agere deberet. Constabat enim debere judicio mandati; quandoquidem id ipsum mandatum est ut ageret, quod et mandatum ipse suscepit. Itaque hoc posito, quærimus quærere, quid in hac actione præstare deberet, et quo usque agendo progredi. Nunc in hac defensione convertimus ordinem. Non enim quærimus, si procurator ad agendum datus et mutuo conventus defensionem suscipiat, cui obligetur, et quid hic debeat præstare: est enim jam prope magna ex parte supra expositum: et ut non esset, tamen pertinet ad sequentem locum, in quo quæritur de defensore. Sed illud queritur, an qui ad agendum simpliciter datus est, hanc ipsam defensionem, si adversarius agat, suscipere cogatur. Quæstio et ipsa anceps, in qua non minus quam in superiore, sententiæ variant. Nascitur autem dubitatio ex contrariis, ut videntur, legibus. Dixeris enim cogi eum defensionem istam suscipere ex edicto, quo ita cautum est, ut qui alterius nomine aget, is eum boni viri arbitratu defendat. *d. L. servum §. ult. de proc.* Rursum dixeris non cogi ex *L. invitus, C. de proc.* ubi et contextus, et in primis ratio addita hanc sententiam non solum efficere, sed etiam exprimere videatur. Itaque ut in re dubia solet, sunt qui putent cogi, sunt qui negent.

XV. Ego ita statuo, procuratorem ad agendum datum, qui de mutua defensione domini subeunda nihil aperte recepit, solum nomine domini agere cogi ita, ut supra faciendum esse diximus; si autem mutua actione ab adversario conveniatur, defensionem domini in hac lite suscipere (13)

(12) Et hic item caussæ cognitio necessaria uti et in revocatione domini. Nec simplici renunciatione, voce, vel scripto facta exoneratio hæc expediri potest, nisi dominus acceptaverit, itemque adversarius consenserit, per ea quæ *infra C. seq. N.* 7. Sed prævia citatione domini et partis summarie cognoscitur, et in contumaciam non comparentis Procurator exoneratur, ut Gail. 1. *Obs.* 46.

(13) Recte et consentit Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 23. *n.* 1. Wes. *in par. h. t. n.* 12. vers. *sed et qui ab actione.* Actus enim agentium, non debent operari ultra eorum intentionem. Nec qui ad agendum instructus idem ad defendendum; cum difficilior sit defensio, quam actio, quæ non est in potestate rei *L.* 3. *§. ult. de doli exc.* Neque igitur qui domino agere promisit, ejusdem defensionem eo ipso in se recepit. Quid enim si putavit eum, reo vicissim obstrictum non esse. Tota sane obligatio Procuratoris ad defendendum ex jure est potius, quam ex mandato; nam et conjunctus, qui mandatum se non habere fatetur, defendere debet. Neque ita cautum domini mandantis caussa, sed rei reconvenientis, ne alias durior ejus sit conditio, ut *supra C.* 13. *N.* 1. Reo itaque obligatur Procurator caussative, nisi et ab actione recedere velit, si nondum satisdedit. Postquam autem satisdedit, aliquanto arctius, ut *supra C.* 13. *N.* 17. Domino vero ad hoc non obligatus est. ( Dissent. hæsitanter tamen Azo. *Summa C. h. t. n.* 12 ) Nam et dum defendit, non procuratorio, sed defensorio nomine auditur, ut *Gl.* et Bart. *ad. L.* 13 §. 4. *h. t.* Et alia caussa est hujus defensoris quam ejus qui ad litem suscipiendam datus, vid. *supra d. C.* 15. *n.* 18.

non cogendum: et si forte propter recusatam defensionem denegetur ei actio ex edicto, posse eum salva fide mandati utrumque facere, ut et defensionem recte defugiat quam non recepit, et renuntiet susceptam actionem, quam non recepit ea conditione, ut cum defensione alterius litis coniungeret. Non dubium, quin hæc sententia sit *d. L. invitus*, sive contextus spectetur, sive ipsa per se rescripti ratio. A contextu sic verba sunt. *Invitus procurationem suscipere nemo cogitur.* Procurationem intelligit ad agendum; quod omnes agnoscunt: subiciit enim postea separatim de defensione, idest de procuratione ad defendendum subeunda, ut sit sensus, neminem datum procuratorem ad agendum cogi invitum eam procurationem suscipere. Addit rescriptum continenter; *sed nec eamdem* (intellige susceptam) *ultra quam provocationis caussa extendere.* Ubi apparet continuari eumdem sermonem et hoc dici, eumdem illum quem prius dixerat non cogi invitum suscipere procurationem, nec cogi hanc ipsam susceptam extendere ultra provocationis caussam. Subiicit eodem contextu: *sed nec defensionem absentis subire compellitur.* Quis ergo non compellitur? Et cum desit hic persona quæ appelletur, perspicuum est contextum unum esse totius orationis, et partem hanc quoque ad sermonem prius institutum et ad easdem personas referri. Institutus autem erat sermo de procuratore ad agendum dato, quem cum prius dixisset non cogi provocationem extendere ultra provocationem, optima serie subjungit, non modo non cogi eum id facere, sed nec defensionem absentis subire compelli. Quod si de nova persona sentiret alia a procuratore actoris, exprimere eam oportebat et ita scribere, sed nec defensionem absentis subire quisquam compellitur: hoc enim verbo, quisquam, addito, intelligeremus duas sententias generales rescripto exprimi: unam de procuratore actoris in hæc verba: *Invitus procurationem suscipere nemo cogitur:* alterum de procuratore ad defendendum dato his verbis: sed nec defensionem absentis subire quisquam compellitur. Nunc cum nullum novum subiectum additum sit verbo *compellitur*, non potest omnino verbum per se positum ad aliam personam referri quam quæ initio posita est, et quam in reliquo quoque contextu servatam esse apparet. Id etiam verba rationis subiectæ evidentius declarant. *Nec defensionem absentis*, ait scriptum, *subire compellitur, cum fidem susceptam implere sufficiat.* Quis est, de quo recte dici possit, sufficere eum implere susceptam fidem? Opinor, is solus qui aliquid susceperit faciendum, qui cum id impleat, tamen ab eo aliquid amplius exigatur; respondeatur autem de eo, sufficere si impleat susceptam fidem, ut sic efficiatur nihil præterea ab eo exigendum. Hoc vero dici non potest de eo cui ab initio defensio sola defertur quam ille non suscipit, qui idem nihil implet ex suscepta fide, cum omnino nihil susceperit. Solum potest cadere in procuratorem actoris, qui mandatum agendi susceperit et id impleat aut agendo aut tempestive renuntiando: cum autem amplius exigeretur defensio ab eo, respondeatur (14) non compelli eum eam defensionem subire quam ab initio non recepit: cum fidem susceptam implere sufficiat. Ne sententia ratione egeat, sumamus hanc ipsam rationem rescripti, ex qua non minus certe hoc idem efficiatur. Ergo hinc recte colligamus hoc modo. Sufficit procuratorem implere susceptam fidem nec, præterquam quod suscepit, quidquam præstare compellitur. At procurator qui se alieno nomine acturum recepit, actionem alienam in se suscepit dumtaxat; de defensione domini nihil recepit. Sunt enim res longe diversæ actio domini, et alio agente hujus ipsius domini defensio. Quare qui actionem solum recepit, sufficit si hanc impleat: defensionem subire quam non suscepit, non cogitur.

*N.* 18. Facit *C. accedens* 10 *in fi. extr. h. t.* Unde nec desunt, qui adversario excipiente de defensionis allegatione mandato non inserta, non nisi præstita cautione rati, admitti censent, Zang. *in Prælect. ad d. Cap.* 10. *in fi.* Quod tamen intellige in casibus, quibus cautio rati exigitur a defensore rei, quem mandatum habere non constat, ut *supra C.* 13. *n.* 40. 41. *N.* 36. Quanquam alii datum ad agendum etiam cum taxativa, datum quoque ad defendendum videri, quia alias non valeat procuratorium. Decian. *Vol* 3. *Resp.* 68 *n.* 15, P. Wesenb. *Cons.* 29. *n.* 4. et quos refert Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 23. *n* 1. refellitque, quia ita nulla vis taxativæ. Neque sic inane mandatum. Quid enim, si reo nulla sit mutua actio. Quid si non eam opposuerit, nec Procuratorem ab agendo repulerit Judicium utique consistet, nec gesta, ceu a Procuratore falso, invalida erunt.

(14) Recte, tametsi A Fab. *ad L.* 33. §. *pen. h. t.* accipiat *d. L.* 17. de Procuratore, qui judicio priori finito, conveniatur mutuo. Secus esse, si eodem tempore, quo agit, reconveniatur. Confer. Azo *C. h. t. n.* 20. *et seq.*

XVI. Huic sententiæ opponitur edictum quo, ut dixi cavetur, ut qui alieno nomine agit, is dominum, si mutuo conveniatur, defendat. *d. L. servum*, §. *ultim. D. de procurat. L. actionem. C. eod.* Sed nihil hic adversatur edictum. Jubetur enim procurator dominum defendere, sed hac conditione si agat, ut est in *d. L. actionem*. Si actionem alterius nomine postulet, ut est in edicto *d. L. servum*, §. *ultim.* Itaque ne agat procurator. Idem etiam ipso edicto auctore defendere non cogetur. Unde et ex edicto non defendentis procuratoris non alia pœna esse dicitur, quam ut denegetur ei actio. *d. L. actionem*, *L. mutus*, §. *pœna*, *D. eod.* Sed hæc nobis occuritur, eaque objectio est quæ tam multos adversus superiorem sententiam tenuit, alioqui ei sententiæ facile assensuros. Etenim superius recte responderi potest de eo procuratore, cui liberum est non agere. At nos de eo agimus, qui mandatum alieno nomine agendi suscepit. Quo suscepto contrahitur obligatio mandati, qua fit ut procurator pro fide suscepta agere cogatur. Hac vero obligatione posita, revolvimur omnino in necessitatem edicti, ut quoniam hic procurator agere debet pro officio mandati, etiam agens dominum defendere debeat; ex edicto primum, tum deinde jure mandati per consequentiam, cum actio expediri non possit sine defensione jure adiuncta. Ego autem his qui propter hanc obiectionem a superiore sententia secessionem fecerunt, hunc scrupulum facile eximo. Nego enim, qui promisit se alieno nomine acturum, ita mandati obligari, ut omnino cogatur agere. Immo ita obligatur, ut vel agat vel, si nolit, tempestive mandatum domino renuntiet. Etiam hoc posterius qui fecit, satisfecit obligationi mandati. *L. si mandavero*. §. *ult. D. mand.* Id procurator, rebus integris et judicio nondum suscepto, facere potest etiam sine caussa, tantum ideo quia placet mandatum non obire. Multo magis caussa justa aliqua interveniente id facere poterit, qualis hæc nunc est, si cum instituerit domini nomine actionem, reus mutuo agat, et dominum a procuratore defendi postulet. Recte enim ita dicet domino: Receperam me tuo nomine de illa re acturum, quod et facere mea sponte paratus eram, atque adeo jam facere institueram actione mota. Sed ego convenior ab adversario tuo, qui et defensionem tui in ea lite a me postulat. Eam ego defensionem nolo suscipere: et quia hac non suscepta non licet mihi tuo nomine agere, en mandatum tuum agendi tibi renuntio: tu dispice, quomodo in ea re jus tuum persequare. Honesta hæc et jure cognita excusatio est, sine qua etiam ultro potuit renuntiari mandatum. Hac vero renuntiatione utrumque consequetur procurator, ut et solvatur necessitate agendi, neque id contra obligationem mandati; et actione jure omissa defugiat domini defensionem etiam ex edicto. Quo intellecto, si quis obiiciat, quod vulgo solet, nihil negotii erit obiectum diluere.

XVII. Obiectio hæc est quæ, ut dixi, etiam consultissimos irretitos habuit. Qui aliquid promittit aut constituit alteri, simul omnia constituere videtur, sine quibus prius concessum expediri non potest: constans sententia, quæ his locis varie comprobatur. *L. 2. D. de jurisdict. L. ad rem. L. ad legatum. D. de procur. L. 1. §. 1. D. si ususfruct. pet. L. 3. § ult. D. de servit. rustic. præd.* Atqui procurator, qui se alieno nomine acturum recepit, non potest hoc promissum expedire, nisi agat, et agendo etiam dominum in eodem judicio defendat, ut est necessitas edicti. Ergo actione suscepta, etiam dominum defendere cogitur, non tantum eo edicto, sed etiam jure mandati, quasi et hoc per consequentiam receperit. Respondebimus, assumptionem falsam esse: quoniam qui promisit se alieno nomine acturum, is promissum aliter expedire potest et quidem impune, quam agendo, et defensionem domini suscipiendo. Potest enim, ut dixi, mandatum agendi domino renuntiare etiam sine caussa, dummodo tempestive: multo magis, si caussa hæc inciderit, ut imponeretur illi defensio quam nolit in se admittere. Sed et de propositione responderi recte potest, neque hanc perpetuam esse, neque ad eam speciem de qua agimus, pertinere. Nam quod dicitur, cum quid concessum constitutumve est, ea quoque omnia concessa videri sine quibus prius concessum expediri non potest, recte solum dicitur de re principali concessa, ad quam sine accessionibus naturæ rei conjunctis perveniri non potest: sic enim fit naturæ rerum convenienter, ut res principalis accessiones necessarias ad se trahat. In duabus rebus principalibus natura sua nihil commune habentibus locum non habet. De quibus contra ita placuit, si quis ex his cum haberet utramque, unam concedat; videri sic concessisse, ut alteram salvam et integram haberet. Quod si propter eam quæ concessa est, non possit alteram casu aliquo salvam habere, intelligi neutram concessisse: quod duobus locis traditum a Pomponio, et appositis exemplis declaratum legimus in *L.*

*si domus, D. de ser. præd. L. si mihi eodem, D. de ser rust. prædior.* At hoc in proposito accidit Res enim duæ principales sunt natura rerum nulla societate inter se conjunctæ, actio alicujus nomine suscepta, et hujus ipsius in alia caussa defensio. Principales ambæ; quia duorum dominorum actiones distinctæ et propriæ in his versantur, quarum una nullo modo alteri accedit. Non conjunctæ inter se, non solum quia hæ actiones nihil inter se commune habent, sed etiam quia potest procurator nomine domini agere, ut in id judicium nulla defensio domini incidat. Quid enim, si reo nihil debeatur, ut nihil sit, quod vicissim petat? quid si debeatur, sed petitionem omittat? Adversus eum qui nihil petat, nulla esse potest procuratoris defensio. Quapropter recte dicemus, eum qui operam suam addixit alicui ad ejus nomine agendum, videri operam ad eum in alia caussa defendendum salvam sibi habere velle: quod si non possit eam salvam habere agendo, videri nec agendi operam concessisse, ut quod salvum habere voluit, retineat. Quod si verum est, sequitur ut procurator ne actionem quidem videatur recepisse, neque ad eam suscipiendam mandati judicio obligetur, quo casu agere volenti imponetur ei defensio ab adversario.

XVIII. Ac de procuratore ad agendum dato satis. Defensoris diversa caussa est mandato defendendi suscepto: nam is duobus obligari solet: domino mandati semper; adversario interdum. Prout autem huic aut illi obligatur, ita variæ sunt in eo ejus obligationes.

XIX. Et si quæritur de ea obligatione, qua obligatur defensor domino, hæc per omnia eadem est cum obligatione procuratoris ad agendum dati, mandato agendi suscepto; sive obligationis genus spectemus, sive genus præstationis. Nam et hic obligatio mandati est, ut procurator dominum defendat: et ad defensionis præstationem obligatio ejusmodi, ut quamdiu movetur ab adversario actio de eadem re, et dominus adversus eam actionem defendi potest, tamdiu defensor defensionem persequi debeat, ut procurator ad agendum datus actionem. Ideo defensor non tantum in ea defensione manere debet, donec res judicetur: sed etiam re judicata, si condemnatus sit, debet appellare, et cogere appellationis caussam: quod de fidejussore nomine debitoris convento traditum in *L. si procuratorem*, 8. *§. igitur, D. mand.* multo magis ad procuratores omnes ad defendendum datos intelligendum est pertinere: cum fidejussor de debitore defendendo tacitum mandatum accipiat; procurator ad defendendum datus apertum: de quo disserui pluribus supra in procuratore actoris, cum de appellatione ab eo interponenda et persequenda agerem. Sed etsi vicerit defensor, et actor aut impetrarit in integrum restitutionem aut, quod idem valet, appellarit, utriusque suspensionis judicium placet defensorem suscipere debere. Quod etsi supra in procuratore actoris constituimus ex *L. qui proprio, §. item quæritur. D. de proc.* tamen argumento solum defensoris fecimus: nam is locus proprie de defensore scriptus est. Cumque sit hæc obligatio defensoris ad personas contrahentium et ad præstationem cum superiore communis; etiam intelligendum est admittere eam easdem exceptiones, ut inter cætera exemplum fidejussoris, ejusdemque in rei caussa defensoris declarat, in cujus persona plerasque earum traditas legimus in *d. L. si procuratorem, §. igitur, mand.*

XX. Non eadem ratio obligationis ejus, qua tenetur defensor in hac defensione adversario: estque hæc istarum rerum dissimilitudo. Nam neque is ab initio obligatur semper adversario; nec cum obligari cœperit, eadem præstatio hic versatur; et ipsa obligatio præstationis hic receptæ ita non est perpetua, quemadmodum nec superior mandati, ut tamen longe aliis de caussis, et multo pluribus proprio quodam jure ab ea discedere liceat. Hæc autem ita se habent.

XXI. Defensor actori, eidemque adversario obligatur ad defensionem duobus casibus. Uno, qui dubitationem non habet, si ei satisdederit, aut alias stipulanti caverit judicatum solvi, ut est solemnis cautio, quæ a defensoribus alienæ rei exigitur, ubi hoc idem a domino ipso cautum non est. *§. sin autem, Institut. de satisdat. L. qui proprio, §. qui alium, D. de procuratorib.* Quo casu sic obligatur defensor ex sua cautione, ut quanvis priusquam judicium acciperet, desierit reus solvendo esse, tamen judicium in se reddi recusare non possit: sed nec ejus fidejussores. *L.* antepen. *D. de proc.* Cui contrarium non est, quod Paulus scribit in *L. mutus*, in fin. *D. eod.* defensorem qui judicatum solvi satisdedit, non cogi rem defendere ex caussa: et inter alias caussas numerat, *si bona absentis possideri cœperint.* Bona enim absentis illic intelligere debemus bona absentis defensoris, non domini, ut sit sententia; si defensoris bona, quæ procul aberant, possideri cœperint a

creditoribus eorum locorum, ubi sita erant, quia defensor illic non defendebatur, et videbatur non esse solvendo; justam (15) caussam esse, cur suscipiat eo profectionem, quo occurrat bonorum suorum distractioni. Constat autem si defensor necessariam profectionem alleget, unam esse hanc inter alias multas idoneam caussam ad judicium recusandum. *L. aut si*, 9. *L. vel si longinquo*, 44. *D. de proc.* Hoc tamen eum hac exceptione semper, quæ confirmatur in *d. L. antep. eod.* dum dominus ipse sit solvendo. Sed de his caussis in universum dicetur postea suo ordine Nunc vim superioris stipulationis indicamus.

XXII. Alter casus est, cum obligatur procurator adversario ad subeundam defensionem, si dominus ipse eo procuratore ad litem suscipiendam dato, pro eo consentiente judicatum solvi exposuerit. Sic enim de eo cavet prætor, ut polliceatur se eum judicium accipere coacturum: exstat in hanc rem clausula edicti in *L. filiusfamilias*, §. *ult. D. de proc.* Quo ergo agente hunc coget prætor? Non sane domino, qui et sine superiore satisdatione defensorem suum satis obligatum habuit, quem etiam cogere non potuit judicium accipere, quod ipse non intendebat: sed agente adversario, cui satisdatum est, et a quo judicium intenditur; cui ipsi ex superiore satisdatione non minus obligatur defensor, quam si ipse satisdedisset. Enimvero cum nulla sit obligatio, nisi ex certis et jure constitutis caussis, ut contractu, quasi contractu, maleficio; unde est hæc obligatio defensori, qui nihil videtur cum actore gessisse? Obligatio est ex contractu, quia ex pacto et conventione defensoris; qui cum ad litem suscipiendam datus sit, ut est in edicto, et simul pro eo consentiente dominus satisdederit, hoc ipsum pactus cum actore intelligitur, se judicium nomine domini et defensionem ejus suscepturum. In illis enim verbis, *pro quo consentiente dominus satisdationem exposuit*, quæ sunt in edicto, consentientem procuratorem eum accipiemus, qui consentiat, ut litem suscipiat et consentiat in eam rem non solum cum domino, sed etiam cum actore. Proponitur enim, ut dixi. hic procurator ad litem suscipiendam datus. Et datur quidem a reo, eodemque domino. At cui? omnino non alii, quam actori, a quo litem suscipere cogitat: ut necesse sit procuratorem etiam cum hoc actore in eam ipsam rem consentire. Hinc illa conventio de lite suscipienda cum actore etiam ipso interposita, quam dixi, et ex conventione obligatio defensoris. Et vero frustra hic defensor cum domino solo pacisceretur, ut litem cum actore susciperet, si vellemus eum ad eam rem obligari actori: cum neque pactum neque quidvis aliud inter aliquos actum possit aliis prodesse aut nocere vel ad exceptionem; multo minus actionem acquirere. *L. si unus.* §. *pacta*, vers. *ante omnia*, *D. de pac. C. res int. al. act.* Sed non est satis ad obligationem hæc conventio, dixerit aliquis: vetat enim regula juris ex pacto actionem nasci. *L. jurisgentium*, §. *quinimmo*, *D. de pact.* Vetat; sed cui tunc solum locus sit, cum pactum nudum est, et solum pactum. Ad ea pacta, quæ nuda non sunt, non pertinet, idest ea, in quibus caussa ad agendum subest præter conventionem, ut loquitur *d. L. jurisgentium*, in pr. §. *sed cum nulla*, *de pact.* ea sunt autem: cum dedi tibi prius, aut feci aliquid ea lege et pacto, ut vicissim quid a te acciperem: sic nominatim explicatur regula in *L. legem*, *C. de pact.* Atqui ex hoc genere posteriore est ea conventio, quæ nunc proponitur. Nam actor non tantum hic pactus est cum procuratore, ut litem secum susciperet, sed etiam cum de eo procuratore dando ageretur, omi-

(15) Atqui si hæc justa caussa deserendæ defensionis, longe justior erit inopia domini quæ non tempore mandati, ( sic enim imputari posset Procuratori *L.* 19. *de R. I.* ) sed superveniens, ubi nulla Procuratoris culpa, cui officium damnosum esse, et litis alienæ damnum sentire, impensasque, quas ab inope recipere non poterit, perdere iniquum est, cum et quævis promissio intelligatur, rebus sic stantibus, ut *infra N.* 18. Nunquid igitur dicemus cum Pac. 2. *Q.* 46. proponi in *d.* §. *ult.* Labeonis sententiam, nec probari, sed contrarium Sabini *L.* 45. *pr.* Minime sic evademus. Hoc enim tantum Sabinus, quod ubi non justæ causæ excusant, non cogatur præcise defendere. Ubi autem excusant, tum nec committi stipulationem. Et ita Labeo, ex inopia debitoris ( uti et alia justa caussa ) non cogi judicium accipere. Sabinus amplius tantum non cogi, sed nec stipulationem committi. Quo ipso non minuitur, sed augetur contrarietas cum *d. L.* 76. Anne contra Juliani sententiam *d. L.* 76. reprobari *d.* §. *ultim. d. L.* 45. *pr.* asseremus, ut Ant. Fab. *in d. L.* 76. Admittere hoc est antinomias, non diluere. Quare, dum probabilius quid suppetat, probo distinctionem Bart. et Costal. *ad d. L.* 76? probatam a Brouch. 1. *Ass.* 54. inter defensorem, sine mandato *d. L.* 76. et qui mandatum habet *d.* §. *ult.* quia in eum, exsecutio fieri potest judicati, *L.* 61. *h. t.* in hunc nequit. potius quam aliam distinctionem Cujac. 26. *Obs* 3. inter eum, qui solvendo esse desiit. *d. L.* 76. scilicet pro parte, et cujus bona omnia possideri cœpta *d.* §. *ult.*

sit personam principalis rei, ut judicium in defensorem transferretur. Quod cum fecerit defensoris fidem secutus, decipi eum non oportet. Est igitur hæc obligatio ex regulis quoque juris communibus. Sed quia factum superius actoris in proposito erat obscurius, ut de caussa obligationis posset dubitari; existimavit prætor etiam eam obligationem a se apertius in edicto confirmari oportere, unde illa clausula, de qua dixi.

XXIII. Haec obligatio etsi de defensione est, ut et superior; non eadem tamen præstationem continet. Defensor domino defensionem præstare debet judicio mandati, non solum donec de re judicatum, sed etiam post rem judicatam, ita ut, si victus sit, appellet; si adversus victorem appellarit aut in integrum restitutus sit actor, appellationis et in integrum restitutionis judicium ipse suscipere debeat.

XXIV. Idem adversario ex superiore cautione solum præstare debet, ut judicium suscipiat ab eo illatum. Nihil enim amplius ab eo exigi legimus, quibus in locis de hac cautione agimus, ut *L. filiusfamilias*, §. *ult. L. mutus*. §. *ult. D. de proc.* Quod eam significationem habet, ut suscepto judicio, litem deserere possit defensor, si videtur: et si victus erit sententia judicis, non cogatur appellare, ut quidem ex ea cautione teneatur adversario. Et ita omnino res habet: merito. Nihil enim adversarii interest, defensorem suscepto judicio in eo manere, multoque minus defensorem re judicata appellare. Nam si is judicium deserit, nihilo secus consequi actor potest, ut adversus absentem sententia feratur. *L. et post edictum*, *D. de judic.* Re autem adversus defensorem judicata si is non appellat, non modo ea re non nocet adversario, sed maxime ejus caussam agit. Sic enim confirmat sententiam ei stando: qua confirmata multo citius actor suum consequitur. Sed ut non debet cætera; ita saltem hoc relinquitur quod præstet adversario, ut judicium ab illo illatum suscipiat, idest, ut illo agente debeat litem cum eo contestari, atque ita facere, ut re judicio inclusa, deinceps ed ea cognosci, et re cognita judicari possit: *d. L. filiusfamilias*, §. *ult. L. mutus*, §. *ult.* Etiamne ut compellatur a prætore omnimodo judicium accipere, an vero ut illo non defendente solum ex stipulatu adversus eum agi possit? Et Sabini sententia est, quam et Paulus in *L. non cogendum*, §. 1. *D. eod.* ita refert, ut ei acquiescat, sic solum agi posse ob rem a rei defensore non defensam: nullas autem prætoris esse partes ad (16) compellendum eum præcise defendere. Hoc illi recte ex regula perpetua juris de faciendi obligationibus: qua placet in hoc genere si non fiat, quod promissum est, non hanc esse obligationem, ut præcise cogatur facere, qui promisit: sed committi stipulationem in id quod actoris interest: seu in pecunia æstimationem ejus quod interest, hac stipulatione contineri, in id agi, in id reum condemnari. *L. si pœnam*, *L. stipulationes non dividuntur*, vers. *Celsus*, *D. de ver. obl. L. si quis ab alio*, in pr. et fin. *D. de re jud.* Sed meminerimus hoc dictum esse de defensore, qui sine satisdatione non cogebatur dominum defendere. Nam de eo quæstio posita erat a Paulo in *d. L. mutus*, §. *ult.* de quo deinde amplius respondet ex Sabini sententia in *d. L. non cogendum*, §. 1.

XXV. Diversa caussa est procuratoris ad agendum dati. Is actionem alieno nomine postulans, hoc ipso cogitur ex edicto dominum defendere etiam priusquam satisdederit. *L. servum*. §. *ult. D. de proc.* Faciamus eum defensione ultra suscepta, satisdedisse judicatum solvi, ut est omnium defensorum conditio. Placet eum compelli judicium accipere omnimodo, neque sufficere, si velit potius ex stipulatu secum agi ob rem non defensam: traditum in *L. sed et hæ*, §. *defendere*, *D. eod.* Differentiæ ratio est, de qua et alibi supra diximus, quod in defensore, ut Sabinus scripsit, nullæ sunt partes prætoris ad cogendum eum judicium accipere; nulla enim hic propria prætoris pœna est, qua eum cogat. Ita ex jure communi sola relinquitur actio ex stipulatu, cujus motu cogatur defendere: aut qua cum eo agi possit, si defendere recuset. At procurator actoris si mutuo conventus defendendi domini caussa satisdederit judicatum solvi, qua præcipue continetur, ut dominum defendat: *L. judicatum*, *D. jud. sol.* ideo compellitur judicium accipere, quia præter actionem ex stipulatu, est pœna edicto prætoris proposita qua cogatur: nempe hæc, ut denegetur ei actio. *L. mutus*, *L. pœna*, *D. de proc. L. actionem*, *C. eod.* Cum de eo hic agatur, ut actori jus suum persequenti consultum sit, supervacuum est ad id consequendum exspectare judicium ex stipulatu, ubi alia via parata est, qua ei quamprimum satisfaciat; et in præsentia. Quod si

(16) Immo et remediis prætoriis cogitur, ut *supra C.* 13. *N.* 18.

etiam id agatur, ut cogatur procurator judicium accipere, certum est multo facilius prætorem id consequi præsente pœna, quam proposito judicio, quod in longius tempus producatur, et sæpe incertum exitum habeat.

XXVI. Sed quæcunque hic post interpositam de re defendenda cautionem defensoris obligatio et præstatio est, hoc illa præcipue singulare habet, dissimile a superiore obligatione mandati, et omnibus obligationibus conventionalibus, non solum quod non est perpetua; sed etiam quod in ea multis iisque propriis (17) de caussis licet defensori non suscipere judicium: id est, in summa, non præstare eam quæ verbis promissa est defensionem: et quidem ita, ut ea non suscepta, neque ipse neque fidejussores ejus ex stipulatu teneantur. Tributum hoc edicto, nominatim ei procuratori, qui ad litem suscipiendam datus est, pro quo consentiente dominus satisdationem exposuit, *L. filiusfamilias*, *§. ult. D. de proc.* Quod quidem tolerabilius videri poterat in eo defensore, qui ipse nihil satisdedisset. Sed nihilominus et hoc idem placuit de eo, qui satisdans ipse se aperta stipulatione obstrinxit adversario, *L. mutus*, *§. ult. L. non cogendum*. *§.* 1. *de procur.* Quam recte, dicam postea. Ante ipsæ caussæ cognoscendæ sunt, ut quid sit hic singularis juris, et quid de eo non inepte responderi possit, facilius intelligatur.

XXVII. Caussæ hic numero variæ ac prope infinitæ: generibus certæ, quæque ratione inter se conjunguntur, genera tria, nascuntur enim aut ex persona domini, aut ex persona procuratoris, aut ex persona adversarii.

XXVIII. Ex persona domini duæ: inimicitiæ; caussa procurationis suscipiendæ finita. Inimicitiæ, si hæ post datum procuratorem capitales inter eum et dominum (18) intervenerint, *L. filiusfamilias*, *§. ultim. L. si post datam*, 14. *L. mutus*, in fin. *D. de procur.* Habet hæc caussa hanc rationem ex persona domini ductam, vel quod videtur inimicus male de procuratore meritus indignus opera ejus: vel quod homo male erga procuratorem affectus reddit omnem operam procuratoris in caussa sua non tantum inutilem, sed etiam procuratori damnosam. Quocunque enim modo se in caussa gesserit procurator, semper opera ejus inimico ingrata erit, semper suspecta, ut nihil sit, quod ille non vocet in rei malæ suspicionem. In quo aperte pudor procuratoris læditur. Caussa procurationis suscipiendæ finita idem efficit: quo ex genere est dirempta affinitas; quam hic idoneam recusandi judicii caussam esse Paulus scribit in *d. L. invitus*, in fin. *de procur.* Finge generum vivente uxore sua suscepisse defensionem soceri propter affinitatem cum eo constitutam, et eo nomine satisdedisse adversario; deinde uxorem generi decessisse: recte exinde judicium recusabit, quia affinitas dirempta est *§. affinitatis*, *Inst. de nupt.* Idemque dicemus, si privignus nomine novercæ idem susceperit, et satisdederit: quo et ipso casu dirimitur affinitas. *ibidem.* Nempe hic ab initio certa caussa fuit suscipiendæ defensionis, quam domini conjunctio attulit. Hac caussa sublata, æquum est et ipsam defensionem cessare; ut caussa deficiente desinat et caussæ effectus, *L. quod dictum*, *D. de pact. L. in omnibus caussis id observatur. D. de reg. jur.* Itaque non in hac solum specie consistemus, sed si qua alia caussa erit defensionis suscipiendæ, generaliter definiemus, ea caussa finita, recte defensionem remitti, ac per hoc recte judicium recusari. Cujusmodi caussa est: si proponas defensorem post interpositam satisdationem judicatum solvi a domino removeri. Remotum placet recte judicium recusare. *L. sed et hæ*, *§. defendere*, *D. de proc.* Nempe quia defensio voluntate domini suscepta erat, et propter ejus mandatum. Nunc autem voluntas ejus finita est, et recte revocatum mandatum ante litem contestatam. *L. ante*, *D. eod.*

(17) Quia mandatum contractus bonæ fidei, hanc inter relationem recipit tacitque conditionem habet, si res in eodem statu manserit *L.* 82. *in fin. de sol. L. ult. Qui sat. cog. C. cum M.* 9. *ext. de constit.* Tiraq. *ad L.* 8. *C. de revoc. donat. in pr.* n. 16. Caroc. *de Juram.lit. decis. Q.* 5. 9. *Quæ t. principalis n.* 39. *et seq.* Et quæ de novo emergunt non egent auxilio *L.* 11. *§.* 8 *de inter. in jure* A. Fab. *ad L.* 14 *h. t.* Quin etsi jam conclusum in caussa, ut lis pene terminata videatur, adhuc admitti has caussas A. Fab. *C. Fabr. h. t. Defin.* 8. Confer. Jan. Langlæ. 1. *Semestr.* 2. *pag.* 17. *et seqq.*

(18) Quia videntur quodammodo non iidem qui antea amici, nunc inimici, Gifau. *ad L.* 8. *§. ult. et LL. seqq. h. t. n.* 21. Qui valt capitales dici, quarum caussa accusatio in capitali crimine. Sed rectius Sichar. *ad L.* 22. *C. h. t. n.* 3. *et* 4. posse et capitale odium ex verbali injuria oriri, idque judici definiendum. Idemque leviores etiam inimicitias sufficere hic, ut et Menoch. 2. *Præs.* 35. *n.* 24. Confer. Langlæ. 2. *Semestr.* 5. et 3. *Semestr.* 5.

XXIX. Ex persona defensoris justæ caussæ summæ sunt tres hæ: si defensionem obire non possit, si non possit salva dignitate; si non sine damno et periculo rei familiaris. Non potest omnino obire, si impediatur valetudine, aut necessaria absentia, aut munere aliquo publico, quod totius hominis operam desiderat. Et ex his caussis judicium recusari posse traditur in *d. L. filiusfamilias*. in fin. et *L.* seq. *de proc.* Non potest defensor obire defensionem salva dignitate, si privatus susceperit defensionem, deinde dignitas seu magistratus accesserit. Etiam hæc recusandi judicii (19) justa caussa est, *ibidem*. Est enim omnis privata opera procuratoris longe infra magistratus dignitatem: cui convenit non invitum ministrare aliis, sed aliorum op ra et ministerio uti. Non potest defensor obire defensionem sine damno et periculo rei familiaris: quo nomine nec minus eum judicium detrectare posse placuit: si puta, (20) hereditas delata illum occupet. *L. vel hereditas*, *D. eod.* si judicio publico privatove, aut majore aliqua re sua quanvis præsente distringatur, *L. vel judicio*. 20. *D. eod.* si necessaria aliqua (21) peregrinatio urgeat. *L. aut si*, 9. *D. eod.* qualis est: si bona absentis defensoris possidere cœperint: quam ob caussam proficisci cogatur, ut bonorum distractioni occurrat: quæ et justa recusandi judicii caussa nominatim statuitur in *d. L. mutus*. in fin. *eod.*

XXX. Una exceptio his caussis omnibus adjicitur, ut placeat etiam ex his caussis defensorem qui satisdedit, judicium accipere cogendum, si dominus præsens non sit, et actor adfirmet tractu temporis futurum ut res pereat, quia scilicet actio quæ instituitur, sit temporalis et propediem ejus dies exeat. *L. sed etiam*. 12. *D. de procur.* Honesta caussa judicii (22) exigendi, ut scilicet actio judicio inclusa fiat perpetua, ut fit, *L. ult.* in fin. *D. de fidejus. tutor.* atque hoc modo adversus periculum ejus amittendæ adversario consulatur.

XXXI. Ex persona adversarii justa caussa est defensori judicii recusandi, si adversarii nihil intersit defensorem judicium suscipere. Omnis enim stipulatio faciendi, qualis est de re defendenda, committitur solum in id quod actoris interest, ut si ejus nihil intersit, nulla sit obligatio, nulla actio ex stipulatione. *L. si quis ab alio*, in prin. *D. de re jud.* Sic autem aperte actoris nihil interest defensorem judicium accipere si actor habeat (23) præsentem dominum, et dominus cogi possit, adde et solvendo sit ex *L. antepen. D. de proc.* Ideo et tunc non debere compelli procuratorem placet: nempe illa ratione, quam dixi: hoc in *L. vel hereditas*. 10. et *L.* seq. *D. eod.*

XXXII. Sed sunt quædam, quæ universo isti juri de potestate judicii adversus superiores cautiones recusandi videantur adversari, quæ iam tempestivum est diluere. Primum *L. antepen. D. eod.* ubi diserte traditur, defensorem postaquam satisdedit, domini loco esse: ideoque non posse judicium recusare, quamvis reus solvendo non sit. Sed eo loco nihil amplius significatur, quam defensori qui satisdedit, non esse idoneam caussam judicii detrectandi, quod dicat reum jam solvendo non esse. Sic ergo ses habeat; si nulla alia caussa afferatur a defensore, quam hæc, non esse idoneum, et cogi eum nihilominus judicium accipere. Sin aliqua alia una ex superioribus: recte judicium recusaturum defensorem, quamvis reus non sit solvendo. Cujus sententiæ habeo hoc argumentum, quod traditur in *L. non cogendum* §. 1. *D. de proc.* non esse æquum eum defensorem cogi judicium accipere, qui justam aliquam excusationem adferat. Atqui superiores caussæ omnes justæ excusationæ habentur. *L. mutus*. §. *ult.* et seq. *D. eod.* Est et alterum, quod multo magis reclamat huic sententiæ, sive quis proponat reum qui sit non solvendo, sive qui sit solvendo. Id jus est commune de stipulationibus faciendi constitutum, quod tale est, ut si quis quid promiserit se facturum, neque faciat, is omnimodo teneatur, nisi naturæ

(19) Tantum enim abest, ut Procurationis vilitas magistratui conveniat, ut nec majores magistratus caussas suas ipsi agere possint, sed per alios litigare cogantur *L.* 25. *C. h. t.*

(20) Iniquum enim alieni compendii caussa prohiberi, sibi delatum acquirere. Et humanitas suadet, ut quis suum commodum præferre possit alieno, quod sine injuria alterius fiat. A. Fab. ad *d. L.* 10. et Gif. ad *L.* 8. §. *ult et seq. n.* 38.

(21) Cujac. 23 *Obs.* 26. intelligit Reipublicæ caussa arg. *L.* 16 *Pro soc.* Et reprobat *Gl.* quæ peregrinitatem exponit ex deportatione. Ea enim cives esse desinunt.

(22) Sed non aliud, quam ut litem contestetur arg. *l.* 28. §. 4. *de jud.* in quo non magnum incommodum Procuratoris. A. Fab. ad *d. L.* 12.

(23) Qui et cogi ipse possit *L.* 11. *h. t.* Ideo enim cogitur Procurator, ne et, qui dedit, et contra quem datus est, decipiantur *L.* 43 §. *ult h. t.* Si præsens dominus, ipse tum facile et commode litem contestari potest, A. Fab. ad *L.* 10. *h. t.*

impedimentum ei obstiterit, quominus faceret. *L. continuus*, §. *illud*, *D. de verb. obli.* Ejusmodi certe impedimenta non sunt in superioribus caussis, sed tantum incommoda personæ, quæ multum recedunt ab impedimento naturali, *d.* §. *illud*, et omnino jus commune ita est, cui locus est in stipulationibus conventionalibus omnibus. Ad stipulationem prætoriam judicatum solvi non pertinet, de qua in hoc per jus a prætore constitutum, est proprium et singulare. Sic enim exigit prætor in edicto hanc satisdationem a defensore alienæ rei, et ex satisdatione defensionem, ut velit et satisdari rei nomine, et ipsum defendi boni viri arbitratu. *L. servum*, §. *ult. L.* pen. et ultim. *D. de proc.* Hinc sumpserunt veteres si qua caussa esset ex superioribus, recte recusare posse defensorem, vel ex edicto judicium accipere: hac ratione videlicet, quod vir bonus arbitraturus non fuerit, ut qui justam excusationem adferret defendere cogeretur. Prætor autem ad viri boni arbitratum hanc defensionem revocat: ratio hujus proprii juris nominatim reddita in *L. non cogendum*, § 1. *D. de proc.* Aut igitur procurator satisdans se judicatum soluturum adjicit boni viri arbitratu, et satis ipsa stipulatione defenditur: aut simpliciter promittit, et nihilominus idem intelligendum est. Neque ideo idem interpretantur in stipulationibus, quæ ex conventione sola rerum descendunt: si quidem in his contractui formam contrahentes dant: prætoriæ autem stipulationes legem accipiunt ex mente prætoris qui eas proposuit, ut est in *L. in conventionalibus*, *D. de verbor. obligat.* Et de suscipienda procuratione, deque suscepta obeunda satis dictum est.

## CAP. XVII.

**Procuratorem recte datum mutari posse: ante litem contestatam semper: Post litem contestatam non nisi ex caussa. Quæ hic caussa, quæve mutatio et qualis accipienda sit, tum quam vim ea habeat.**

*Rerum nexus et partitio.* I.
*Ante litem contestatam domino licet nedum mutare, sed et simpliciter removere procuratorem.* II.
*Immo et defensorem, etsi judicatum solvi satisdedit.* III.
*Secus post litis contestationem.* IV.
*Ubi mutare licet ex caussa dumtaxat.* V.
*Caussa 1. a voluntate, si nempe suspectus procurator. Talem tria faciunt, et quæ.* VI.
*2. A facultate impedita sive natura, sive occupatione: utroque modo quam varie.* VII.
*Superiores caussæ in mutando procuratore quorsum necessariæ.* VIII.
*Justas esse procuratori caussas propter quas nolit procurationem dimittere, quot illæ, et quæ.* IX.
*Has tamen sive ad revocandam, sive retinendam procurationem habiles allegari oportere, et probari; et coram quo judice.* X.
*Licet ex caussa mutare procuratorem quandocunque, non autem removere simpliciter: mutare quid sit.* XI.
*Mutatio et translatio judicii quomodo fiat vel ab actore vel a reo.* XII.
*Talis mutationis effectus, qui.* XIII.
*Procuratore mortuo, captivo, vel deportato post contestationem litis, domino liberum esse sive alium substituere, sive ab eo judicio discedere.* XIV.

I. Cum jure dari poterit procurator invito adversario, cumque pro ea potestate volens recte datus erit, quibus de rebus huc usque disseruimus: sæpe post illa oritur domino caussa, cur velit procuratorem a se datum removere, sive quod non placeat ejus opera uti, sive quod per se malit judicio agere, sive quod velit alium procuratorem dari. Hinc ex re nata exsistit in hac tractatione tertio loco quæstio, quid hic domino liceat. De qua potestate breviter cautum est edicto ad hanc summam: procuratorem recte datum ante litam contestatam libere a domino removeri posse; Post litem contestatam sine caussa ne mutari quidem posse; Ex caussa licere: Sed mutari dumtaxat, non simpliciter removeri. Summa in *L. ante*, 16. et *L. post. litem*, *seq. D. de proc.* Quibus verbis licet cernere quatuor sententias esse comprehensas. Quarum unaquæque cum per se explicationem desideret, singulæ nobis suo ordine cognoscendæ sunt.

II. Primum ergo cavet prætor, jus esse ante litem contestatam libere procuratorem mutare, ut intelligamus jus esse, sive caussa erit domino mutandi, sive hæc sola

quod videatur domino illo procuratore non uti. *d. L. ante.* Translatum ex natura mandati, qua fit ut mandatum, quanvis recte contractum, liceat revocare re adhuc integra. §. *recte*, *Inst. de mand.* Est autem res integra domino itemque procuratori, lite nondum contestata. Et ideo quanvis in *d. L. ante*, tantum mutandi ante litem contestatam procuratoris mentio fiat, tamen superiori naturæ mandati congruit, non solum ut dicamus licere domino ante litem contestatam (1) procuratorem mutare, id est ita removere, ut alius procurator detur, aut dominus in se judicium transferat: sed etiam simpliciter removere, neque judicio in se translato, neque alio dato procuratore: quoniam re integra semper libera potestas est domino mandati revocandi.

III. Quid tamen, si defensor a reo datus jam satisdederit defendendi domini caussa judicatum solvi? an hic etiam libere removeri a domino potest ante litem contestatam? Movet, quod videtur res desiisse esse integra propter obligationem, qua cœpit defensor teneri actori, qua obstrictus non videtur effugere posse, quin judicium cum actore accipiat. Sed et hic non minus libere removeri potest ante litem contestatam. Est enim et isti defensori, ac propter defensorem etiam domino ad revocandum mandatum res integra. Nam neque defensor domino tenetur mandati, utpote revocato mandato, neque stipulatio judicatum solvi ita eum obligat adversario, quin possit jure judicium recusare: quandoquidem id etiam adversus superiorem cautionem facere licet ex caussa, ut superiore capite ostendimus *L. mutus*, §. *ult. D. de proc.* Iusta autem in primis caussa est defensore satisdatione obstricto ad judicium recusandum, si dicat mandatum revocatum esse a domino. *L. sed et hæ* §. (2) *defendere*, *D. eod.* fuit enim suscipiendæ defensionis caussa voluntas et mandatum domini: quibus mutatis, oportet tanquam caussa mutata cessare et defensionem: non aliter, quam cum affinitatis caussa defensio suscepta est, et affinitas postea dirempta *d. L. mutus*, in fin.

IV. Secundo cavet prætor, post litem contestatam ne (3) mutare quidem sine caussa procuratorem licere, nedum simpliciter procuratorem pro arbitrio removere. *L. post*

(1) *Cap. 2. ext. h. t. in* 6 Etsi in perpetuum datus sit. Sic enim datus dicitur *L. 4. h. t.* non qui nullo tempore revocetur, cum hanc sibi nemo legem dicere queat, ne voluntatem mutet *L. 22. de leg.* 3. sed qui sine temporis præfinitione, ut tandiu maneat quoad revocetur, Ant. Fab. *ad d. L.* 4. Quin nec clausulam de non revocando Procuratore valere volunt, cum substantiæ mandati adversa sit arg. *L. 12. princ. de precar.* Bover. *Singul.* 26. *n.* 22. Marc. de Mantua *Sing.* 543. Etsi jusiurandum accesserit, modo simplex sit maudatum; licet periurus fiat, qui revocat. Gravat. *ad Pract. Vestrii Lib.* 5. *Cap.* 12. *lit. H.* Covar. *in Cap. quanvis de pact. in* 6. *P.* 2. *relect.* §. 2. *n.* 3. *et* 9. Seraphin. *Privileg. juram.* 75. *n.* 7. *et seq.* Ast ubi juramentum alteri præstitum, cuius interest non revocari, mandatum fieri irrevocabile, statuit A. Mass. Gales. *ad Form. Cum. oblig. P.* 2. *ad* 6. *partic. obl. Quæst.* 1. Quia, ait, ex tali pacto oritur obligatio, ne adversario illudatur *L.* 41. *C. de trans.* add. Sigism. Scaccia *Lib.* 1. *de Judic. causs. Civil. crimin. et hæret. Cap.* 101. *n.* 42.

(2) Miror hic Donellum nostrum conspicue labi. Nam *d.* §. *ult.* adiecta verba, ex *justa caussa.* Namque et hic actoris interest cum defensore potius, qui judicatum solvi cavit, quam cum domino experiri, P. Fab. 1. *Semestr.* 13. *pag.* 74. Atque, imo, et hic dominus litis post hanc cautionem præstitam, *L.* 76. *h. t.* et in eadem caussa, qua Procurator post litem contestatam agnoscente, Don. ut *supra C.* 12. *N.* 24. maxime, si liti se obtulit, sine mandato, qui in effectu solus ad judicatum faciendum tenetur. De quo recte interpretatur *L.* 46. *h. t.* Henr. a Suerin. *Repet. Lect. Cap.* 12 Etsi Cujac. 22. *Obseq.* 10. verba *d. L.* 64. *caussa cognita* resecanda censeat, ne adversa sit *d. L.* 16. vel sic accipienda, id est eo cognito, an lis sit contestata, vel, an res, ad eos pertineat. Et aliter Pac. 2. *Q.* 32. nimirum quod duplex sit caussæ cognitio. 1.° an sit permittenda remotio Procuratoris, quæ non necessaria, ante litem contestatam *d. L.* 16. 2.° An qui revocare vult, possit litigare per semet, an cogatur per Procuratorem, ut qui relati *L.* 25. *C. h. t.* Sic accipit *d. L.* 64. Male. Nam et generalitas illius, se ad has augustias coarctari non sinit. Nec constat, an tempore Modestini idem, *quod in d. L.* 25. disponitur, obtinuerit. Falsum denique hos in removendo Procuratore deterioris conditionis esse. Nam imo æque libere removent, ut alii; modo alium substituerint. Male vero Cujac. *d. loc.* ideo istud improbat, quia relati in *d. L.* 25. ipso jure vetantur, non prætoris decreto, caussa cognita. Quasi vero posset caussæ cognitio institui, non de jure sed de facto, an videlicet sit dominus, ex personis illic recensitis. Jure Saxonico postquam judex alicui petenti, Procuratorem dedit, non potest alius eligi, nisi, prior suo officio perfunctus *Lib.* 1. *Art.* 60. *Diff. jur. civ. et Sax* 7. *P.* 1.

(3) Sich. *ad L.* 23. *C. h. t. n* 2. P. Fab. 1. *Semestr.* 13. Ad hæc, interest tum adversarii, ne varietur judicium personarum mutatione. Cumque litem contestando, quasi contraxerint cum Procuratore, eum contractum non potest dominus invito illo, dissolvere, Myns. *Dec.* 9. *Resp.* 89. *n.* 6. *et* 5. *Obs.* 44. *n.* 5. Tum Prætoris, ad cujus auctoritatem per-

*litem*, 17. *D. de proc.* Cur ergo minus hoc licet post litem contestatam, quam ante? Id ex natura quoque mandati, quæ efficit, ut revocari mandatum non possit, ubi domino desiit res esse integra. *d.* §. *recte. Inst. de mand.* Quod procuratore ad litem dato contingit lite ab eo contestata. Nam cum ante litem contestatam qui procuratorem ad litem dedit esset dominus, procurator dominus non esset; lite semel a procuratore contestata hæc omnia vertuntur in contrarium. Ut enim pluribus exposuimus supra sub titulo; *Ubi mandato opus sit*, procurator post litem a se contestatam efficitur dominus litis. *L. procuratoribus*, *L. nulla*, *C. de procur.* Ex quo et hoc simul evenit, ut ne sit dominus litis, qui prius fuerat: quoniam duo in solidum ejusdem rei domini esse non possunt. *L.* 5. §. *ult. D. com.* Quibus jam consequens est, quod inde collectum rescripto Constantini continetur in *d. L. procuratoribus*, eum qui dederat procuratorem, non habere jam facultatem negotia persequendi, aut invito procuratore litem ad se aut ad alium transferendi: duabus scilicet de caussis; primum quia lite procuratoris jam facta non potuit quisquam illi invito rem suam auferre. *L. id quod nostrum, D. de reg. jur.* Deinde quia solus recte mandatum revocat dominus. *d.* §. *recte.* Verus autem dominus, qui procuratorem dedit, dominus esse desiit.

V. Tertio loco cavet prætor, quod jus superius temperat. Facit enim potestatem mutandi procuratoris etiam post litem contestatam, si sit caussa cur prior dominus mutare velit. *d. L. post litem*, *de procur.* At hoc quam recte, dicet aliquis, et quam superiori conditioni et juri tum procuratoris tum domini convenienter? quod quidem videtur nullo modo defendi posse. Nam si procurator est dominus litis, nulla justa caussa adferri posse videtur, quo domino rem suam auferat. Repugnat regula juris in *L. id quod nostrum. D. de reg jur.* Repugnant principia juris nota nulli jus suum detrahendum; *L.* 2. *D. de his qui sunt sui vel al. jur.* nullius conditionem licere facere deteriorem. *L. solvendo*, *D. de neg. gest.* Tum autem si prior dominus non jam est dominus, quo jure et concedatur rem non suam revocare? Sed recte prætor; neque hæc pugnant inter se, procuratorem esse dominum litis, et tamen priorem dominum posse hunc ipsum procuratorem ex caussa mutare. Quod enim dicitur, procuratorem post litis contestationem fieri dominum litis, priorem autem dominum jam dominum non esse, utrumque ex summo et subtili jure dicitur, et dum proximum finem litis recte administrandæ spectamus. Re autem vera, et exitu litis inspecto, ad quem hæc omnis procuratio in summa refertur, solus is dominus manet, qui prius fuerat: utpote cujus nomine agitur, et ad quem omne commodum et incommodum litis tandem suo nomine rediturum est, ut pluribus dicetur sequenti capite. Atque hinc caussa prætori illius summi juris moderandi et æquitatis statuendæ. Quia ergo procurator post litem contestatam summo jure litis dominus est, ideo recte cavet prætor, ne eum sine caussa mutare liceat: ne scilicet contra jus peccet, id tunc mutans ubi nulla caussa est cur ab eo recedat. Rursum quia re vera, et summo fine atque emolumento litis is dominus est, qui prius fuerat, ideo recte huic potestatem facit mutandi procuratoris, si caussa id exigat: ne per occasionem summi juris, malo procuratore aut parum idoneo retento, fieret vero domino injuria. Ita hactenus prætor jus illud summum temperat: quod juris prætorii officium est. Comparatum est enim jus prætorium adjuvandi, supplendi, et æquitate corrigendi, seu temperandi juris civilis gratia, *L. jus autem*, *D. de just. et jur.*

VI. Caussa justa, propter quam liceat domino post litem contestatam etiam invito adversario procuratorem removere, genere duplex est. Una a voluntate procuratoris: altera a facultate. A voluntate, si suspectus postea fiat procurator, ut metus sit ne jam non ex fide rem gerat. *L. item si suspectus*, 19. *D. de procur.* A facultate, si in certa voluntate rei bene gerendæ, tamen re aliqua necessaria sive publica sive privata impeditus rem commode administrare non possit. *L. aut longam*, *D. eod.* Suspectum domino procuratorem tria faciunt, quibus etiam de caussis ex hoc genere placet procuratorem mutare licere; si inimicus postea fiat; si affinitate aliqua adversario jungatur: si heres ei exsistat: (4) quæ caussæ comprehensæ sunt in *L. vel exsilio.* 21 et *L.* seq. *D. eod.* Inimici opera suspecta, ne odio caussam lædat. Suspecta opera affinitatis novæ, ne affinis propensione volun-

tinet, ne semel constituto judicio, mutationem temere fieri patiatur. A. Fab. *ad L.* 17. *pr. h. t.*

(4) Item si indicia dederit prævaricationis aut collusionis, quam facturus, Ant. Fab. *ad L.* 19. *h. t.*

tatis magis reclinet in partes affinis adversarii. Suspecta opera cujusque in re sua: qualis res incipit esse procuratoris, cum successit adversario.

VII. Facultatem litis recte administrandæ procuratori adimunt partim impedimenta naturæ, partim occupationes tum publicæ tum privatæ. Impedimenta naturæ quibus fit natura, ut etiam si velit, tamen rei gerendæ operam probare, eique instare non possit: cujus generis, ætas (5) senilis, valetudo, absentia longior seu incertior, eaque vel necessaria, qualis est ejus qui proficiscitur Reip. caussa, qualis exsulantis, qualis ejus, qui sit in vinculis, aut in hostium prædonumve potestate: vel accersita, qualis latitantis, aut ejus qui longam peregrinationem ingressus est: quibus etiam de caussis maxime concessum est mutare procuratorem: de quibus in *L. post litem*, 17. in fin. *L.* 19. *L.* 20. *L.* 23. *D. de proc.* Occupationes procuratoris eandem potestatem domino tribuunt; quoniam efficitur his quoque ut dum illis detinetur procurator, caussæ agendæ recte vacare non possit. Publicæ quidem certo; ut si munere aliquo publico aut magistratu fungi cœperit, si accesserit publicum ministerium religionis, quod Modestinus vocat religionis beneficium. (6) *L.* 18. *D. eod.* Sed et privatæ procuratoris occupationes idem præstant non minus: ut si hereditas delata eum occupet, si judicium privatumve, aut alia res major. *L. post litem*, 17. in fin. *L. vel hereditas*, 10. *L. vel judicio*, 20. *D. eod.*

VIII. Sed monendi sumus ita has caussas ad mutandum procuratorem esse domino necessarias, si adversarius, quo cum agitur, non patiatur sine caussa procuratorem mutari. Totum enim hoc jus de caussis in hac mutatione exigendis constitutum est maxime adversariorum caussa, quorum interest mutatione dominorum litis non onerari: quod futurum est, dum eos sæpe quos nolunt sequi coguntur. Quod si non repugnet (7) adversarius, quominus mutetur procurator, nulla alia caussa ad eum removendum domino opus est, quam ut dicat se nolle amplius ejus opera uti. Non enim, inquit Ulpianus, *ferendus est procurator qui sibi adserat procurationem:* hæc ille in *L. quæ omnia*, 24. *D. eod.* Neque hic quisquam offendatur edicto, quod ad mutandum procuratorem post litem contestatam sine exceptione caussam desiderat. *d. L. post litem.* Nam et hic si caussa removendi quæritur, hæc abunde idonea est, si procurator cujus nihil interest procurationem sustinere, eam sine caussa retinere postulet. *Hoc enim ipso suspectus est*, ait ibidem Ulpianus, *quod operam suam ingerit invito.* Recte. Nam alioqui quid ejus interest, utrum dominus caussam aliquam habeat, necne, cur velit potius per se aut per alium transigere? Atque adeo quid non habet potius procurator, cur velit statim lite cedere, ubi et domino reddat rem suam, et ipse eadem opera omni molestia et sollicitudine rei gerendæ liberetur? Jam autem diximus ad suspectum procuratorem removendum abunde magnam caussam esse hanc ipsam suspicionem. *D. L. item si*, 19. *eod.*

IX. Sic tamen procurator adversario non repugnante sine alia caussa removeri potest, et jussus abire procuratione statim cedere cogitur, nisi ipse justam aliquam caussam adferat, cur retineat procurationem. Sunt autem ad eam rem procuratori justæ caussæ quatuor, quas ordine proponit Ulpianus in *d. L. quæ omnia*, 25. et *L. in caussæ*, 27. in prin. *de proc.* Una est, *si forte*, inquit, *purgare magis convicium quam procurationem exsequi* maluit, *ut hactenus sit audiendus, si dicat se procuratione quidem carere velle, sed si id illæsa existimatione sua fiat:* hoc ille fortasse paulo obscurius: quod sic explicandum est, ut intelligatur hoc dicere; justam esse caussam procuratori retinendæ ad tempus procurationis etiam invito domino, si dominus procuratorem removeat (8) nominatim addita

(5) Si nem e post constitutionem Procuratoris ingravescere cœpit, aut ignorata a domino. Nam si eadem tempore Procurationis datæ, sibi imputet, A. Fab. *ad L.* 17. §. *ult. h. t.*

(6) Ubi religionis beneficium exponit Rev. 1 *Conie. t.* 13. vinculum militiæ, quod Seneca religionem vocat. Sed rectius puto accipi sacerdotium obveniens arg. *L.* 32. §. 4. *de rec. arb.* quomodo et Græci declarant τὰ γένη αὐτὸν ἱερέα. Leunclav. *Lib.* 1. *notar. Cap.* 68. *et auctor Paratitlorum antiquorum Lib.* 2. *tit.* 2.

(7) Et ideo hic consensus adversarii requiritur etiam tunc, cum Procuratore volente, fit revocatio. Mynsing. 5. *Obs.* 41. *n.* 5. *et Resp.* 89. *n.* 6. Io. Mohedan. *Decis.* 84.

(8) Sed A. Fab. ad *d. L.* 25. Procuratorem simpliciter contradicere posse, sentit. Quia in dubio hæc res præbet materiam suspicandi, quod male versatus fuerit, si nulla evidenter appareat alia caussa. Etsi enim revocatio infamem non faciat, existimationem tamen apud graves viros lederet. Plane contradictio Procuratoris non impedire effectum revocationis, in præjudicium revo-

caussa, quæ existimationem procuratoris oneret, puta, quod dicat eum in caussa aliquid falsi machinatum esse, aut colludere cum adversario. Hic enim juste dicturum procuratorem, se non prius omissurum procurationem, quam de eo quod objicitur cognitum et pronuntiatum fuerit a prætore, non quia domino non probante velit procurationem retinere: sed quia velit potius hoc prius constare illum falsum dicere, ut sic denique purgato convicio possit procuratione abire salva existimatione; quod sane illi concedi æquissimum est. Altera caussa est, *si*, inquit Ulpianus, procurator *dicat in rem suam se procuratorem datum, et hoc probaverit*. d. *L. quæ omnia*. Hæc vere perpetua caussa est procurationis retinendæ. Hic enim procurator verbo procurator est, re dominus: ut qui utiles actiones habeat suo nomine: quas qui habeat, eas ut suas etiam domino vetere invito recte exercet. *L. pro curatore*. 11. *D. eod.* Et hoc est, quod pro ratione Ulpianus addidit in superiore loco, non debere istum *carere propria lite*. Tertia est eodem auctore, si retentione aliqua procurator uti velit: *ibidem*, cum hac tamen exceptione, quæ additur in *fragmento sequenti*, nisi dominus ei solvere paratus sit. *L. nisi*. 26. *eod.* Finge dominum procuratori aliquid debere, ac pro eo debito velle procuratorem sibi actionem mandatam retinere, ut habeat unde sibi satisfiat. Hoc sentit Ulpianus, recte eum ex hac caussa uti retentione: ut sit hic retentio pro mutua retentione, ac veluti compensatione: quomodo retentionis verbum a veteribus usurpatur. *L. unica*, §. *taceat*, *C. de rei uxor. act.* Quarta caussa est Ulpiano in *L. in caussæ*, 27. in prin. *de proc.* si dominus procuratore (9) ad plures lites dato, quædam judicia ab eo transferre velit, quædam relinquere. *Juste*, inquit, *procurator hanc inconstantiam recusabit.* Juste ideo, quia non est caussa, cur dominus procuratoris fidem probet in iis judiciis quæ relinquit: non etiam probet in his quæ ad se revocat. Quæ res facit, ut si vult quædam relinquere, debeat etiam procuratore postulante relinquere cætera: aut si pergit ea revocare, simul quoque omnia ad se transferre debeat. quod illi permittendum est: Tum enim desinit esse, quæ in illo arguatur, inconstantia.

X. Cum autem has caussas esse dicamus ad revocandam, aut retinendam litis contestatæ procurationem, nempe hoc dicimus etiam eas allegari debere, et si negentur, debere probari, ut semper exigitur probatio ab eo, qui dicit. *L. 2. D. de prob.* Si ergo de his controversia, ut res judicanda sit, quis erit ejus controversiæ judex? Judex, dixerit aliquis, apud quem caussa principalis per procuratorem agitur. quoniam ita jus sit, ut pertineat ad officium judicis qui de re principali cognoscit, omnem incidentem quæstionem, quæ in judicium revocatur, examinare. *L. 1. C. de ord. judic.* Immo hæc cognitio procuratoris mutandi prætoris est, inquit Ulpianus. *d. L. in caussæ*, vers. *hæc autem cognitio*. Quo significat, si apud prætorem ipsum agitur, ut sit idem et prætor, et caussæ principalis judex; eum qui caussæ judex est, etiam de caussis mutandi procuratoris judicem futurum. Sin prætor in caussa principali judicem dederit, non esse hujus judicis cognitionem de caussis mutationis, sed prætoris qui eum dedit; ut ad eum quoque in hac parte redire oporteat. Non sane quod ad judicis quoque dati non pertineat omnis quæstio quæ in judicium incidit: sed quia (10) hæc quæstio de mutando procuratore extra judicium est judicis dati: cum ejus judicium inter certos litigatores conclusum sit: quos ista mutatio removet, et alios statuit.

XI. Sed quæcunque caussa erit ex superioribus ad removendum procuratorem, etiam ad eam potestatem hoc exigit prætor quod quarto loco expendendum esse diximus, ut dominus mutet procuratorem, vel judicium in se transferat. *L. post litem*, 17.

cantis, sed ut pro conservatione famæ cognoscatur, non juste sit revocatus *Decis. Rotæ noviss.* 145. *P.* 1.

(9) Sed *d. L.* 27. de dato ad unam litem loquitur, ubi ratio dubitandi in regula, cui licet, quod plus est etc. Ratio decidendi. Dominus litis in solidum factus Procurator, qui nec ab initio forte suscepisset mandatum tractandi, pro parte negocii arg. *l.* 46. *de sol.* A. Fab. in *d. L.* 27. Et alias quoque non admittitur inconstantia, et rei pro parte approbatio Gifan. ad *l.* 25. *h. t. n.* 5.

(10) Alia ratio Gifan. in *d. l.* 27. *n.* 3. Etsi, inquit, quæ post litis contestationem aguntur, in judicio exercentur, hæc tamen remotio aliquid imperii continere videtur, quod judici pedaneo nullum. Alia A. Fabri *ibid.* quia etsi regulariter de facti quæstione prætor non cognoscat, ejus tamen auctoritas contemni videtur, si Procurator apud eum litem contestatus, atque ita dominus litis factus, sine caussa a se probata revocetur. Summaria vero hæc cognitio, non requirens solemnitatem processus, nec litis contestationem, Konig. *Process. P.* 1. *h. t. pag.* 131. Gail 1. *Obs.* 46. *n.* 5. *et seq.* Citatio tamen adversæ partis quæ revocationi resistere potest, necessaria *ibid. n.* 9. *et* 10.

*de proc.* Hoc eam vim habet, ut dominus priore procuratore remoto possit alterum ex superioribus facere. Quod si post litem contestatam velit simpliciter removere procuratorem, quamvis removeat ob supra scriptas caussas, tamen invito adversario nihil agat, sed nihilominus maneat procurator, qui prius fuerat, tamquam non mutatus: quod edictum exigit. Unde et quæcunque postea cum eo acta erunt, rata futura sunt. Utrumque ideo, quia interest adversarii habere, cum quo de jure suo experiatur. At utrum eundem habeat, quem dominus adversarium primo dedit, an alium dum idoneum, nihil ejus interest. Mutare procuratorem generaliter est, priore procuratore remoto, vel se ipsum in ejus locum vel alium procuratorem dare: ut mutatio procuratoris etiam translationem judicii in dominum contineat. Sic usurpat Ulpianus in *d. L. in caussæ*, vers. *hæc autem*, qui cum de potestate mutandi procuratoris transferendique in dominum judicii prius locutus esset, in eo loco quem dixi, ita subiiciat: *hæc autem cognitio procuratoris mutandi, prætoris est.* Mutationis verbo videlicet utrumque superius complectens, atque hac significatione hoc verbo huc usque usi sumus. Proprie vero mutare procuratorem est, priore procuratore remoto alium procuratorem dare, seu quod propius ad vim verbi accedit, pro uno procuratore alium dare. Transferre autem a procuratore judicium in se est, priore procuratore remoto, ipsum qui removit idem judicium subire, non alium dare, *L. ante de procur;* quo sensu ista distinguuntur in edicto, certe in *d. L. ante*, *L. post litem.*

XII. Hæc mutatio et translatio judicii ita fit. Si actor procuratore quem prius dederat remoto alium dat, sufficit dicere quod in re est, se hunc posteriorem in prioris locum substituere. Si judicium in se transferre vult, sufficiet et hoc ipsum de facto suo testari, ut dicat actor se cœptum a procuratore judicium in se suscipere. Idem dicemus, etsi reus defensorem a se datum ita removeat, ut velit judicium in se transferre. Quod si alium procuratorem ad defendendum dare volet, hic juris perpetui forma exigit, ut novi defensoris caussa nova interponatur satisdatio judicatum solvi. Est enim certi juris regula, neminem idoneum defensorem esse sine satisdatione. §. 1, §. *ult. Inst. de satisd. L. qui proprio*. §. *qui alium, D. de proc.* Priore autem defensore remoto, simul satisdatio ejus nomine interposita evanuit. Certe eo liberato etiam fidejussores ejus nomine obligati liberantur. *L. in omnibus.*

XIII. Constituta hac mutatione quæretur de ejus effectu. Is talis est cum in persona remoti procuratoris, tum in iis quæ ab eo acta, quæsitave sunt. Ipse ita desinit esse procurator revocato domini mandato, ut quæcunque cum eo agentur postea, domino non noceant; ut accidit in omnibus quæ geruntur præter mandatum: multoque magis, si quid contra. *L. ignorantis, D. de proc. L. si procurator, C. eod.* Sed et idem hoc consequitur, ut si cum rei defensor esset satisdederit judicatum solvi, remotus liberetur qui solum tanquam procurator defendere et condemnatus judicatum facere debuit: atque eo liberato liberantur una et fidejussores: ut paulo ante dixi. Quod attinet ad ea, quæ prius cum eo in judicio acta sunt, ea nihilominus rata manent: sic tamen, ut si qua obligatio per occasionem judicii ab eo contracta est: veluti, si (11) procurator actoris cum esset, stipulatus sit a rei defensore judicatum solvi: desinat quidem directa actio illi competere; at ipsa stipulatio committatur nihilominus, cujus actio utilis transferatur ad dominum, siquidem ipse judicium in se transtulit: sin procuratorem dedit, etiam in ipsum procuratorem: quæ sententia est *L. in caussæ*, §. *ult. de proc.*

XIV. Illud observandum, quæ de procuratore post litem contestatam ex supra scriptis caussis mutando diximus, dicta esse de procuratore vivo et in civitate manente; quod expressum est in *d. L. post litem. de proc.* Consulto; quoniam si procurator mortuus est, aut vivus civitatem amisit captivitate vel deportatione, is satis remotus est sua sponte: ille natura qui in totum esse desiit: hic jure civili Romanorum, quo captivi facti servi hostium, et deportati desinunt esse in numero civium Romanorum, quam ob caussam iidem in iis quæ sunt civium, pro mortuis et nullis habentur, §. *cum autem.* §. *si ab hostibus, Inst. quib. mod. jus pat. potest. solv. L. quod attinet, D. de reg jur. L.* 1. §. *pen. D. de bon. poss. con. tab.* Ideo nec procuratores esse possunt, quod est officium civile. *L. fœminæ, D. de reg.*

(11) Ad quod vide *supra Cap.* 14. *N.* 11.

*jur.* Procuratore autem de medio sublato, stulte aliquæ caussæ (12) quærruntur ad eum removendum, qui jam satis remotus est, atque adeo qui natura aut jure civili esse desiit. Et tamen procuratore post litem contestatam ita remoto, intelligendum est non minus licere priori domino alium procuratorem dare qui judicium prius cœptum persequatur, aut idem judicium in se transferre. Quid enim interest, voluntate domini remotus sit procurator, an alio modo, quo pariter procurator esse desinat? Utrum horum faciat dominus, mutatio et translatio judicii eamdem hic vim habebit, quam supra. Si neutrum facere volet, illi (13) liberum est; nec eo judicio tenetur, quod ille non suscepit, et in quo lis cum eo non est contestata.

(12) Non omnino. Justa enim dubitatio, an ad heredes suos Procurator inchoata transmittat. Quod olim obtinuisse lite contestata, probat, *l. 1. C. Th. de cognit. et Procur.* Idque, ceu videtur, ex mero jure, quia heredes in dominium litis quæsitum defuncto succedere debeant. Contra deinde sanctum est *L. ult. C. Th. d. t.* Quod et Justiniano placuisse, probat Gifan. ad *L. 23. C. h. t. n.* 5. inde quia cum *d. L.* 23. desumta sit ex *d. L. 1. C. Th. d. t.* verba illa: *et ad heredes suos inchoata transmittere.* sind ose omissa.

(13) Non probo. Sic enim sæpissime judicii actus plures fierent elusorii sine adversarii culpa et cum ejusdem damno manifestario. Quin in *d. L. ult. C. Th. d. t.* habetur, quod si Procuratorem mori contigerit, statim ad eum qui dominus caussæ fuerit migrent omnes actiones, id est omnes actus judicii, quos Procurator gessit. Et itaque judicii translatio in dominum fiet ipso jure. Quod et probat *L. 57. de jud.* Si enim Procuratore rei mortuo, transactio datur in eum quem defendit, id est si, is judicium cœptum persequi, et ad finem producere cogitur, ut ex, osui *supra Lib. 17. C. ult. n. 11.* magis mortuo Procuratore, actoris dominus desiderante adversario, in lite persistere cogetur, per *L. non debet actori licere 41. de R. I.* Unde nec novam litis assumptionem, ceu usu invaluit, jure requiri magis est. Confer *supra C. 12. N. 25.* add. P. Fab. 1. *Semestr.* 13.

## C A P. XVIII.

De effectu procurationis impletæ: seu Quatenus in procuratione litis procuratoris factum domino prosit aut noceat: et nunquidnam etiam prosit aut noceat procuratori.

*Continuatio. Quod fecit præter mandatum procurator ad litem datus domino non nocet.* I.
*Commodum in executione judicii quæsitum a procuratore domini est totum* II.
*Commoda ejusmodi qualia.* IV.
*Incommodum litis occasione susceptum modo ad dominum, modo ad procuratorem redit.* III.
*Ad procuratorem incommodum ex obligatione, si aut hic in rem suam procurator, aut liti se obtulit* V.
*Secus si a domino satisdante pro illo datus.* VI.
*Ad dominum ex damno litis incommodum, et hoc quale.* VII.
*Isto nomine quatenus agat cum procuratore dominus.* VIII.

I. Atque hæc mutandi procuratoris potestas est, hic mutationis exitus. Quod si procurator recte datus et volens, nec mutatus erit; et caussam pro fide suscepta peregerit, restat, ut erat propositum, quod in hac de procuratoribus quæstione postremum ordine occurrit, de quo quæratur, Quis huius procurationis impletæ effectus sit: seu, quid factum procuratoris in ea administratione aut domino prosit, si quid in eo commodi est; aut domino noceat, si quid est in eo incommodi; et numquidnam etiam prosit aut noceat procuratori. In summa, procurationis litis commodum, incommodumve ad quem redeat, dominumne an procuratorem: quam quæstionem apparet communiter ad dominum et ad procuraturem pertinere. De quo sic habendum est. Si procurator ad litem datus fecerit quid in ea lite aut extra litem præter mandatum, id tale est ut domino non noceat: quippe (1) ignoranti, aut invito: cujus conditio deterior neque per alium quemquam fieri debet. *L. ignorantis, D. de proc. L. solvendo,*

(1) Secus est, si scitus fines mandati excedere passus sit, vid. *supra Cap.* 13. *N.* 25. *qus. fin.*

*D. de neg. gest.* Veluti, si procurator ad certam speciem constitutus de alia (2) egerit. *L. si procurator*, *C. eod.* aut si ad agendum tantum datus, de caussa (3) pactus sit aut transegerit cum adversario. *L. transactionis placitum, C. de pact. L. sed si tantum*, *D. eod.* Atque ut procuratoris actio pactiuve extra mandatum domino non nocet; ita consequens est nec prudesse. Ejus est enim prodesse cujus et nocere. *L. rescriptum*, *§. ult.* et *L. seg. D. de pact.*

II. Quod si procurator pro officio suscepto litem exsecutus est; quodcunque per occasionem ejus judicii commodum ab eo quæsitum erit, id vi ipsa ad dominum pertinet cujus nomine actum est.

III. Si quod autem incommodum ab eo susceptum est in ea lite, id non æque dominum onerat: sed alias ad dominum spectat, interdum ad procuratorem.

IV. Commoda quæ per occasionem judicii a procuratore eodemque domino litis quæri solent, sunt hæc; actio, et exceptio. Actiones a procuratore actoris quæri solent duæ, ex stipulatu, et actio judicati. Ex stipulatu, cum hic procurator cum defensore rei agens stipulatus est ab eo judicatum solvi. Judicati actio, cum reus illi condemnatus est. Nam si judicio contrahitur sicut stipulatione: ut traditur in *L. 3. §. idem scribit, D. de pecu.* necesse et, lite a procuratore agente contestata, et judicio ab eo accepto acquiri ei judicati actionem adversus reum condemnatum, non aliter quam si id ipsum judicatum ab eo solvi stipulatus esset. Quo ergo jure hæ actiones ab illo quæsitæ habentur? Directa nimirum illi acquiritur, quæ summo jure alii quam stipulanti, et paciscenti quæri non potuit. Sed domino ex his caussis acquiritur utilis, et quidem ita, ut sola hæc valeat: illa penitus tollatur; certe procuratori fit inutilis: finge enim procuratorem ex his caussis egisse invito domino, tamen (4) domino ex iisdem caussis integra erit actio. Quæ res facit, ut si procurator ex his caussis experiatur directis actionibus, possit a reo exceptione summoveri: hæc propemodum Ulpianus in *L. si procurator*, 28. *et L. in caussæ* 27. in fin. *D. de proc.* Et non in litibus tantum, sed generaliter in omni administratione procuratoris ita placuit: quod procurator ex re domini mandatu non refragante stipulatur, id dominum invito procuratore petere posse: quæ definitio Papiniani est in *L. quod p ocurator*, 68. *D. de proc.* De hoc genere acquisitionis, quale esset, et quam conveniens cum regulis juris, quæ vetant alteri per alterum actionem acquiri, scripsi suo loco ad *L. stipulatio ista*, *§. alteri*, *D. de verb. obl.* Exceptio a procuratore rei acquiritur, cum is procurator absolutus est: hinc enim rei judicatæ (5) exceptio, quæ proposita est omnibus, qui absoluti sunt sententia judicis. *§. item*, *Inst. de act.* Etiam per defensorem hæc exceptio acquiretur domino, ut is non minus ea uti possit, quam si per se ipse

(2) Item si simpliciter datus, peregit ea quæ speciale mandatum exigunt, vid. *supra Cap.* 12. *n.* 33 Quin, et si cum generali administratione et libera constitutus, exceptioni peremptoriæ renunciare, eamve omittere non licere, vult Chil. Konig. *P.* 1. *h. t. pag.* 149. et *seq.* Contra datum cum generali clausula quod facere possit quicquid ipse dominus, si præsens esset, posse liti et caussæ renunciare, post multam disceptationem, judicatum in Senatu Arragoniæ, testatur Martin. Monter de Cueva *Caussar. Civil. Decis.* 28.

(3) Secus si omnium rerum Procurator, *L.* 12. *de pact.* Sed et in illis ipsis negociis, quæ mandata (intellige simpliciter) factum Procuratoris, nocere domino, scribit Ant. Fab. ad *L.* 49. *h. tit.* sive pactus sit, *L.* 10. *§. ult. L.* 12. *de pact.* sive jusjurandum detulerit *L.* 17. *§. ult. de jurejur.* At imo *d. l. LL.* speciale mandatum ad hoc exigi probant, nisi universalis sit Procurator. Quin etsi sit universalis, excipitur nisi donandi animo pactus sit *L.* 28. *§. ult. de pact.*

(4) De actione ex stipulatu domino danda, vid *supra Cap.* 14. *N.* 4. et huc transfer. Actionem judicati directam, etsi Procuratori dari neget A. Fab. ad *L.* 28. *h. t.* per *L.* 6. *§. ult. Quod cu univ. L.* 56. *de sol.* Quis et inde motus, pro *cum agit judicati* in *d.* L. 28 reposuit, *non agit.* Ex meri tamen juris ratione non potest non competere, arg. *L.* 59. *§.* 1. *h. tit.* quia certe Procurator ipse litem contestando quasi contraxit, sibique inde obligationem quæsivit, quæ necesse est ipsi actionem pariat *L* 42. *§.* 2. *hoc. tit.* Nec obstant *d. l. LL.* in contrarium adductæ. Negant enim dari judicati actionem, scilicet efficacem, cum exceptio repellatur *d. L.* 28. *hoc. tit.* Facit *L. nihil interest* 112. *de R. I.*

(5) Ex parte tum actoris, tum rei, *d. §.* 7. hujus si in conventione, illius, si in reconventione absolutus Procurator Sed et quæ extrinsecus ob eam rem seu litem consecutus Procurator vel, quæ non ex mandato, sed occasione mandati habet, restituenda domino, etsi injuria judicis non debitum consecutus *L.* 46. *§.* 4. *hoc tit.* Facit. *L.* 8. *§.* 1. *de neg. gest.* Et ratio in *L.* 52. *de p t. her.* Ant. Fab. in *d §.* 4.

agens esset absolutus. *L. si mater: §. hoc jure. D. de exc. rei jud.* Et certe si per procuratorem ex re domini acquiritur actio domino: multo humanius et favorabilius est, ut ei convento acquiratur per procuratorem exceptio. *L. invitus. §. 1. D. de reg. jur.* Itaque ut de actione prius generaliter definivimus, quod procurator ex re domini stipulatus sit, id dominum invito etiam procuratore petere posse: ita et de exceptione per procuratorem domino acquirenda exstat generalis definitio in *L. quacunque* 50 *D. de proc.* in hæc verba *quacuncunque ratione procurator tuus* (de reo loquitur) *a me liberatus est, id tibi prodesse debet.* Nempe per exceptionem, quæ tibi quæsita est illius beneficio.

V. Incommodum quod ex procuratione exsistere potest, duplex est. Versatur enim aut in obligatione per occasionem litis a procuratore suscepta: aut in damno litis, quod opera negligentiave ejus contigit. Obligatione per caussam litis obstringi solet defensor rei. Ea item duplex est: ex stipulatu, si ipse satisdedit judicatum solvi; et judicati, si ipse condemnatus est: quomodo eum condemnari oportet, non dominum. *L. 1. C. de sen. et interl.* Harum obligationum incommodum interdum ad dominum redit, interdum solum tenet procuratorem: dum ex his obligationibus alias datur actio adversus dominum, alias solus tenetur procurator, non dominus. Duo sunt genera defensorum, quos placet ex his caussis conveniri, non veterem dominum, qui actionem mandavit: procurator in rem suam datus, et defensor alienæ rei, qui se liti obtulit. *L. Plautius. D. de proc. L. 4.* in pr. *D. de re jud.* Procurator in rem suam est cui actio a vero creditore cessa est, ut eam sibi haberet, sibi et commodo suo eam exerceret. Hic vere est dominus actionis. *L. quæ omnia. L. procuratore in rem, D. de proc.* ut merito ad eum rei suæ commodum et incommodum suo nomine pertinere debeat, quæ rei propriæ definitio est, in *L. 1. §. in propria, D. quan. an. sit.* Offerre autem se liti intelliguntur defensores duo. Unus, et is quidem citra dubitationem, qui sine mandato ultro absentis defensionem suscepit: et cum de more judiciorum aliter admitti non posset, satisdedit judicatum solvi. Alter, cui mandata quidem est defensio, sed cum adversarius pergeret agere, et dominus præsens non esset, ipse qui defensionem suscepit, cum sciret a domino cautum non esse, non exspectata ejus cautione ultro satisdedit. Sic hi describuntur in *d. L. Plautius. de proc.* ut dicendum sit, quisquis procurator domini defendendi caussa ultro satisdederit judicatum solvi, eum se liti obtulisse videri. Ex quo est quod Ulpianus scribit in (6) *d. L. si procurator.* 27. *D. eod.* si procurator meus judicatum solvi satisdederit: in me ex stipulatu actionem non dari. Sed etsi defensor meus satisdederit, in me ex stipulatu actionem non dari, quia nec judicati mecum agi potest. Nempe hæc ideo, quia omnis defensor meus qui ultro satisdedit, se liti obtulit: quod qui fecit, conveniri ipse debet, non dominus ex definitione superiore. *d. L. Plautius. de proc.* Ideo autem placet eum defensorem teneri, quia ipse ultro vinculum obligationis in se suscepit: cujus onus sponte susceptum postea frustra recuset. *L. procurator.* 67. *L. antep. D. de proc.* Placet teneri solum: quia cum de ea obligatione suscipienda nihil ei a domino mandatum sit, dominum invitum facto suo onerare non potuit. *L. ignorantis, D. eod. L. si procurator. C. eod.*

VI. Quod si quis procurator alienæ rei in ea caussa sit, ut se liti non obtulerit: quod accidit ei, qui ad litem suscipiendam a domino datus est, pro quo etiam consentiente dominus satisdedit; is neque teneri potest ex stipulatu, quo se non obstrinxit, neque in eum condemnatum datur judicati actio, sed in dominum, (7) *d. L. 4.* in pr. *D. de re judi. d. L. Plautius, de proc.* Non obstat, quod hic defensor condemnatur, *d. L. 1. C. de sent. et interl.* et judicio suscepto hanc judicati obligationem in se suscepit, *d. L. 3. §. idem scribit, D. de pecul.* Verbis enim (8) suscepit, unde et in eum directa actio esse potest, re autem vera et ex sententia contrahentium non suscepit, quia aliud actum est. Cum enim dominus ipse eum dederit procuratorem, et pro eo consentiente tanquam dominus rei de qua agitur, satisdederit ac-

(6) Unde magis adhuc refellitur correctio Ant. Fab. ad *d.* vers. *per contrarium* confutata *supra Cap.* 14 *V.* 14.

(7) Vid. *infra L.* 27. *in explicat. d. L.* 4. *de re judic.*

(8) De quo tamen varie DD. nostri sentiunt et tractant, vid. Sichar. ad *d. L.* 1. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 20. Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. tit. de Procur. Resol.* 14. Plane *d. L.* 1. non servari in Camera, testatur Gail. 2. *Obs.* 102. *n.* 7. ac Myns. 6. *Obs.* 11. et jura Canonum has subtilitates non curare, Moller. 1. *Semestr.* 24. *n.* 2.

tori, satis aperte id agi intelligitur ut ipse domini partes in eo judicio retineat, ac propterea omne commodum et incommodum ejus judicii ad eum redeat. Jam vero etiam in stipulationibus id sequi oportet quod actum est: *L. semper in stipulationibus*, *D de reg. jur.* inde præterquam quod actum est, quisquam obligatur. *L. non omnis D. si cer. pet.* aut si quis summo jure obligari putat eum, qui verbis aut lite contestanda quid cavit: at certe semper doli mali exceptione uti potest, a quo quid petitur non ex stipulationis cautionisve sententia. *L.* 2. §. *ult. D. de verb. obl.*

VII. Alterum genus incommodi quod a procuratore nasci solet, est in eo si procuratoris facto, puta absentia, aut collusione cum adversario, aut negligentia caussa amittatur: dum his factis aut procurator actoris patitur reum absolvi, aut defensor se condemnari. Quæritur, ecquid hæc facta domino noceant, ut quanvis procuratoris culpa vel dolo factum sit ut adversarius vinceret, nihilominus tamen res judicata valeat; ex qua non minus judicati actio in reum detur defensore ejus condemnato; nec minus adversus actorem eumdemque dominum procuratoris victi reo absoluto exceptio. Et de eo ita scriptum est in *L. si procurator*, *C. de proc.* et si quid procurator qui plenam agendi potestatem habuit, fraude vel dolo in caussa egerit, non ideo rem judicatam oportere rescindi. Quo significatur, nihilominus eam valere, perindeque ratam haberi, ac si sine dolo procuratoris res judicata esset. Cui jam illa sunt consequentia; ut factum procuratoris hic ad victoriam domino noceat: ut defensore rei condemnato, æque in dominum detur actio judicati; ut reo absoluto, æque ei acquiratur exceptio rei judicatæ adversus dominum procuratoris dolo suo victi. Nec mirum rem judicatam non minus hic valere; cum sententia lata sit adversus eum procuratorem, qui lite contestata dominus litis factus est: ut proinde potuerit pro potestate sibi quæsita de lite sua ut voluit statuere. *L. in re. C. mand.*

VIII. Solum hoc domino relinquitur, ut possit eo nomine agere cum (9) procuratore, ut est in *d. L. si procurator. C. de proc.* Est autem in eam rem domino actio mandati: *L. qui proprio*, §. *procurator*, *D. eod. L. si procuratorem*, 8. §. 1. *D. mand.* quo judicio (10) procurator non solum dolum, sed et omnem culpam præstare debet. *L. procuratorem*, *L. a procuratore*, *C. mand.* Sane si procurator non sit solvendo, et collusione aut aliter dolo malo rei factum sit ut absolveretur, in eum de dolo (11) actio dabitur. *L. et eleganter*, §. *pen. D. de dol. d. L.* 8. §. 1. *D. mand.*

(9) Quod declara, si modo plena potestas agendi fuit Procuratori *d. L.* 10. id est, si vel cum libera datus, vel clausula ratificationis mandato inserta, per *not. supra Cap.* 12. *N.* 28. Negligentia Procuratoris, error, confessio etc. quando noceant domino, ploribus Io. Bapt. Costa *de Facti scient. et ignor. Inspect.* 52. Vincent. Caroc. *Decis.* 60. Hart. Pistor. *Lib.* 1. *Quæst.* 36. Fachin. 10. *Contr.* 97.

(10) Procuratori quoque litis impendia, bona fide facta restitui debent *L.* 46. §. *pen. h. t.* scilicet contrario mandati judicio, nisi dominus litis solvendo non sit, ubi recte desiderat, ut ex judicatione de iis sibi satisfiat *L.* 30. *h. t.* Hoc igitur casu actio judicati directa, Procuratori efficax. Etsi aliter exponat Ant. Fab. *ibid.* quod videlicet contraria mandati actione, quæ bonæ fidei est, id consequatur Procurator ut ex commodo judicationis potius, quam aliis bonis sibi sasatisfiat, non quia in illo tacitum pignus habeat, sed quia fructus non sunt, nisi deductis impensis. Itaque non fiat injuria per hoc creditoribus aliis, forte privilegiariis aut hypothecariis, argum. *L.* 6. *Qui pot. in pig.*

(11) Item exceptio doli; si Procurator rei dolo caussam perdiderit *L.* 11. *de dol. exc.* Sed quid si sine dolo victus non solvendo, ut actio mandati contra eum inanis sit? Restitutione in integrum domino succurri, statuunt Gail. 1 *Obs.* 45 *n.* 6. Hart. Pist. *Lib.* 1. *Q.* 36 *n.* 7. *et seqq.* et ita usu obtinet. Contra Gifan, ad *L.* 10. *C. h. t. n.* 4. quia hic nulla caussarum, ob quas majori datur restitutio. Et ubi victoris nulla fraus intervenit, iniquum est culpam alienam illi nocere; æquius est, ut noceat domino, cui imputari potest quod tali commisit negocia *L.* 23. *in fin. de min.* Quin et *d. L.* 23. vers. *si a.* minori demum hoc casu ita subvenire probat, uti et Ecclesiæ *Cap. cum venissent.* 2. *in fin. ext. de in int. rest.* Quos obices, responsiones H. Pist. *d. Q.* 36. *n.* 8. vix satis removent.

# HUGONIS DONELLI

## JURISCONSULTI

# COMMENTARIORUM DE JURE CIVILI

## LIBER DECIMUS NONUS

### CAP. I.

**Quæ res in judicium deducantur. In his primam esse ab actore actionem. Quid sit actio.**

*Propositum autoris. transitio, atque ordo.* I.
*Res in judicium deducendæ duo, et quæ illarum methodus.* II.
*Actio quid sit.* III.
*Definitio per partes exposita.* IV. V. VI. VII.
*Nec ea angustior definito, continet ideo accusationem, actionem popularem, et injuriarum; et quomodo.* VIII.
*Nec item latior: illi convenit et persecutionum, quæ habent minus actionis gradus triplex.* IX.
1. *Actio omnis in rem.* X.
2. *Præjudicia, interdicta, prætoriæ stipulationes, et in integrum restitutiones.* XI.
3. *Persecutio earum rerum quæ præstantur officio judicis.* XII.

Dixi de personis ad judicium pertinentibus: cum necessariis, in quibus sunt Actor, Reus, Judex: tum adiuvantibus, in quibus Assessores, Advocati, Procuratores, et si qui sunt, qui alieno nomine suscipiunt actionem vel defensionem. Et dixi, non ut intelligeretur quibus personis judicium constaret aut quorum opera in judicio esset necessaria: quod quotidiana experientia, et rerum natura atque usus satis per se docent: sed ut intelligeretur id, quod est de judicio ab omnibus partibus recte constituendo propositum: quid horum unicuique jure concedatur, quo pro ea persona quam in judicio suscipiunt, judicio consistere possint invito adversario; quid denegetur ne possint: scilicet ut si quid hic leges superiores de personis concedunt, norimus, quid hic possimus nobis sumere cum opus est, et sumptum pro facultate jure tributa nobis tueri. Si quid denegant, sit constitutum, ubi liceat id usurpantem sive adversarium judicem non pati, et pergentem justa defensione summovere. Constat vero judicium, ut proposui, non solum personis, sed etiam rebus. Personis, inter quas et apud quas agitur: rebus, de quibus inter eas ipsas agitur: ut sint personæ caussa efficiens judicii: res materia in qua judicium versatur. Primus locus est natura personis, utpote a quibus judicii initium et tanquam efficientia nascitur. Proximus rebus, cum nisi de re aliqua inter aliquos agi non possit, coniunganturque hoc modo istoque ordine in actione personæ agentium et res de quibus agitur, in §. 1. *Inst. de action.* Quare primo loco personarum expositio; sequitur, qui proximus locus est, ut de rebus judicii propriis cognoscamus.

II. Res quæ in judicium privatum deducuntur, duæ sunt; ab actore actio, et si quid actionis vim habet; a reo exceptio, et si quid exceptionis vicem obtinet. Ut autem in personis primæ partes sunt actoris qui judicium movet: sic in rebus judicii primæ partes sunt actionis quæ ab actore movetur, et sine qua nulla esse potest exceptio. Proinde et hic naturæ ordo postulat, ut ab hac ordiamur.

III. Actio nostris sic definitur, jus persequendi judicio, quod sibi debetur: exstat definitio in *L. nihil, D. de oblig. et action.* et *Instit. de action.* in princip. Definitionem exposui pluribus in commentario ad eum titulum. Nunc pro loco explicationem paucis perstringam.

IV. Actio est jus, (1) idest potestas jure tributa: ut usurpari hoc verbum a juris auctoribus solet in definitionibus rerum incorporalium, quæ in jure versantur: ut

(1) Ita Donellus noster *ad pr. I. de act.* *n.* 5. Myns. *ib. n.* 2. Usill. *n.* 2. Coras. *n.* 5. Mudæ. *n.* 23. Henning. Hammel. *n.* 25. Lorint. *de Apicibus juris Tr.* 1. *de Actionib. Axioma.* 2. Suarzenthaler. *Lib.* 1. *Process. Jud. C.* 6. *n.* 3. Claud. Battand. amplius *Tr. Legitimæ Præf.* n. 8. legendum esse, *vis*, non *jus*, contendit. Contra alii jus formulam interpretantur, Cujac. *in not. ad pr. I. h. t. et in omm. posthumis ibid.* Hot. et Hortens. *ibid.* ac Vult. *n.* 95. *et seqq.* Vacon 6. *Decl.* 87. *n.* 13. *et Decl.* 88. *n.* 8. Val. Guil. Forst. *Tract. Justin. Par.* 2. *Disp.* 1. *Th.* 1.ª *lit. B.* Nec desunt, qui statuant alterutri expositioni omnino adhærendum, quasi nec diversæ ab utraque significationi locus sit. Ego vero jam diu persuasum habeo, neutram definitioni convenire. Quod quam potero, planum et dilucidum reddam. Ac priorem quidem satis commodam non esse, ita ostendo. Quia et *actio, seu jus persequendi sæpius sine facultate agendi.* Nam cum obligationes *L.* 42. *§.* 2. *de Procur.* et conventiones *L.* 7. *pr.* *§.* 1. *et* *§.* 4. *de pact.* actiones (in personam) parere dicantur (unde non penitus inconcinne a DD. vulgo obligationes, matres harum actionum dicuntur, resistente licet A. Guib. *QQ Iur. C.* 20. *n.* 7.) easdem obligationibus cooriri consequitur. Unde ingressu contractus, seu cum primum orta est obligatio, actio inchoari dicitur *L.* 27. *in fin. de R. I.* junct. *L.* 7. *§.* 5. *de pact.* (ut recte exponit P. Fab. *ibid. p.* 162. *et seq.* licet, pro *actio obligatio* reponere malit.) Neque enim mater, quoad respectum relationis, prior aut antiquior est filia. Est autem actio personalis, ille ipse respectus, quem obligatio habet in creditore ut Greg. Lopez. *Animadv. C.* 10. vel ut magis sentio, quoddam ejus consequens et effectus adæquatus. Obligatio enim in persona obligantis est qua, propter quod persecutio datur et actio habetur; actio vero ipsa, jus quo persequi licet, et remedium obligationis exequendæ. Unde efficitur, quod posita obligatione, actionem quoque poni necesse sit. Quare, cum tutor obligatur ex mala gestione itemque cum ipse in res, vel negotia pupilli utiliter impendit, eumque sibi obligat, statim quoque actio nata sit oportet. Atqui neutrius exercendæ facultas, nisi finita tutela *L.* 4. *pr. de tut. et rat. distr.* *L.* 1. *§.* 3. *de contrar. tut. act.* Stipulatione in diem concepta, obligatio præsens est, ut prob. *supra Lib.* 15 *C.* 8. *N.* 4. Indeque confirmatur, quia ita debitum per solutionem tolli potest ante adventum diei, ut *supra Lib.* 16. *C.* 11. *n.* 3. Solutio autem nequit anterior esse obligatione, quam extinguit. Natura siquidem pugnat rem quampiam, priusquam nata sit, denasci. Præsens itaque et actio, seu jus persequendi. Atqui potestas persequendi sive ut Mynsing. et Hammel vocularn, *jus*, hic exponunt, facultas legitima necessariam juris executionem habens, præsens non est *d. C.* 8. *n.* 4. alias non dicerent Jurisconsulti et Imperator peti non posse *L.* 8. *L.* 138, *de V. O.* *§.* 2. *D. eod.* Verum collata in tempus futurum. Itaque ejus anterior est potestate, quæ ex jure, sive ejus exercendæ. Jus etiam futuram potest respicere executionem: potestas non nisi præsentem facultatem: posse enim dicor: quod nunc possum, non quod aliquando potero. Taceo quod tempore feriarum et justitii, seu diebus non disceptatoriis, potestas agendi jure deficit *t. t. D. et C. de feriis.* Quomodo Macrob. 1. *Sat.* 16. feriis agi non licere. Jus vero ipsum persequendi non deficit, alias impedimento durante sublatum, eo remoto, reciperetur, ac quasi reviviscerct, contra certissimam juris regulam *L.* 98. *§.* 7. *de sol.* *L.* 27. *§.* 2. *de pact.* *L.* 10. *§* 9. *de in rem verso.* Ac si quis diceret, neque facultatem hic tam deficere, quam impediri, aut suspendi: ei reponerem, jus tamen persequendi, nec apte dici posse quod impediatur, (licet ejus exercitio impediatur quæ facti) nec quod in suspenso sit. Siculi tunc vere ipsum jus in suspenso est, quando ejus, qui hostium potitus est, dubius est reditus, cum tempore, quo in aliena potestate est, omnis juris sit incapax. Nec nimis etiam nunc urgeo, quod qui ex persona sua judicio consistendi facultatem non habent, illis equidem jus experiundi ex persona sua esse: cum potestas experiundi non sit. Siculi et filiofamilias, actionis jure quæsito, patri est agendi facultas, neque filiusfamilias cujus actio propria est, eam, dum in manu paterna est, movere potest, ut loquitur *L.* 1. *§. ult. C. de annali exc.* Et magistratui tempore officii sui experiri jure non licet, et ita *juris facultas* tunc deficit, quem jure ipso agendi destitui, nemo dixerit. Quid, quod aliquando mero jure actio habetur, et ita *jus persequendi*, sine ulla *juris facultate* aut exercendæ potestate. Sic nempe mandatis actionibus, cedens easdem directas retinet quas, lite a cessionario contestata, amplius exercere nequit. Plura id genus conquiri possent si vacaret, aut curæ id pretium. Sed pergamus. Et contra facultas agendi sine jure. Quippe mandato transfertur in procuratorem potestas exercendæ actionis. Jus autem actionis nec transire potest; sed ita ossibus ejus cui quæsita est actio, inhæret, ut ab eo divelli nequeat. Agere alieno nomine recte, et proprie dicitur procurator, quia vocula *agere* respicit et facultatem et exercitionem, quæ facti est. Ac etsi alieno nomine agat, facultas tamen non est in alio, sed in ipso procuratore, qui eam habere dicitur *L.* 6. *§. ult. de neg. gest.* arg. a contrario. Eademque etiam *jure tributa* recte dicetur, quia si absque juris permissu esset, mandari non posset, *supra Lib.* 18. *C.* 9. Actio ipsa proprie, et jus persequendi, plane non est in persona procuratoris; nec si adjicias, *alieno nomine.* Vere enim hæc secum pugnare deprehendat, qui apud animum perpenderit, jus habere, *alieno nomine.* Nec fingi potest ut quis jus habeat agendi directa ex vendite

cum dicitur ususfructus esse jus utendi, et similia. *L.* 1. *D. de usufruct. L.* 1. *D.*

nisi qui emit etc. aliusve jus rei recta vindicandæ, nisi qui dominus est. Quod si quis dicet jus *agendi*, petendive esse procuratori *alieno nomine*, idem ipse procuratorem esse *creditorem alieno nomine, dominum alieno nomine* fateatur oportet. Quæ quam absurda sint, cuivis pervium est. Quid quod et conjunctis personis, potestas est agendi alieno nomine, eaque vere *jure tributa*, uti et aliis qui aliquam, sed non plenam, de mandato fidem fecerunt, licet non habeant mandatum exhibita cautione rati, ut *supra Lib.* 18. *C.* 12. Neutris vero jus persequendi alieno nomine esse, magis hic palam est; alias, domino litis suo facto incommodare possent, quod non ita est. ( Qua ratione, ut parecbasin brevem condones, non utor, quasi a contrario sentiam, si incommodare posset, uti potest procurator, eo ipso effici, quod *jus* persequendi haberet. Nam uti alias hoc argumenti genus parum efficax, ita eo in aliorum dictis carpendis, nullum vitiosius. Quod genus tamen cavillationis nostris, dum alteri alteros scabunt, solentissimum esse video et indignor. Non si quæ, in una specie ejusdem dispositionis fortior ratio, quam in alia, quæque isti alii non convenit, ideo dispositionis vis alteri negatur, modo alia ratione, so eadem, idem efficiatur. Utque crassiori exemplo hæc declarem: Si dicam, Cras Titius Romæ non erit, alias, uno die 50. miliaria, quot Roma abest, ipsi conficienda erunt, ineptus erit inde me sensisse arguens. Si pauciora quam 50. forte 40. miliaria distaret, illici itinere confici ea posse. Sed a semita ad viam. ) Non utar vero in subsidium mutuata ratione a DD. qui volunt, et sine actione posse aliquem experiri quando ex judicio speratur actionem orituram. Quod illi probant, per *L.* 9 *de V. O.* post alios Sarmient. 2. *Select. Interpret.* 6. *n.* 27. nec parum firmari videntur, ex iis *infra C.* 14. *n.* 8. Neque eo quod facultas personæ commodum et incommodum respiciat *L.* 137. §. 3. *de V. O.* Etenim regeri posset id de alia facultate, quam quæ juris sit et *lege tributa* accipi. Non refragatur nobis *L.* 6. §. *ult. de neg. gest.* ex qua infertur, quod actio facultatem significet. Collectio aliena, quæ efficacius invertitur. Nam nisi fateri velimus, Julianum ibi τὶ ἐξ ἀρχ ἀιθ.ισθαι actio a facultate conveniendi alia sit, oportet. Argumentatio ICti talis: Negotiorum gestor non habuit facultatem conveniendi judicio debitores ejus ad cujus negocia accessit, quia actionem nullam intendere potuit. Quare non potuit? Quia nempe nec nomine suo, cum sibi non habeat obnoxios debitores, nec nomine alieno, cum mandato procuratorio eum carere certum sit. Atque ita argumentatur illic non a jure agendi, sed a potestate intentandæ actionis deficiente, quæ non eadem est cum jure. Quippe illa tribuitur Procuratori; et si negetur negotiorum gestori; hoc autem personam nunquam egreditur. Imbecillius tetum ex *L.* 5 §. *ult. de doli exc.* quod in auctorem, unde emissum, retortum eum fortius ferit. Dicitur ibi: actor in sua potestate habet, quando utatur suo jure; Quid inde? Ergo actionis genus, potestas. Quæ consequentia sit non video. Cum nec dixerit IC. quando ea (silicet potestate) utatur: sed jus a potestate distinxerit. In potestate judicis est ut condemnet contumacem: ut jusjurandum deferat, vel non. Ergone condemnationis, delationis jusjurandi genus est potestas? Denique suam ipse interpretationem convellit Donellus *d. n.* 5. his similibus, jus suum persequi, obtinere, tribuere alteri Quæ enim quam incommoda locutio, si dices facultatem suam persequi, obtinere eam, tribuere alteri potestatem quam immo a se, et a jure habet. Sane hoc recte noster in hisce, aliisque id genus, denotari quod jure constituto continetur, et alicui tribuitur, ita enim et jus in hac definitione, plane accipitur, sed minus scite id, sum *potestas* vocatur. Enim vero hujus acceptionis auctores venia digni, qui non tam male sentiunt, quam minus commode eloquuntur. Vim quidem voculæ *jus* in definitione satis percipiunt, sed dum, convenientiori voce defecti, eam exprimi putant per *facultatem legitimam* seu *potestatem jure tributam*, in eo a vero deviant, dum quæ inde falsæ consequentiæ non perpendunt, quas si perpendissent, nec ita exposuerent. Illi alteri vero, quibus *jus* est *formula*, non tantum incommode loqui videntur. Enim vero inficias ire nolim ipsosque consultos, sed raro, formulas pro actionibus dicere, ut *L.* 42. *de furt.* Ulpian. *Tit.* 10. §. 16. *et tit.* 25. §. 12. Sicuti et Cicero 3. *Offic. Nondum protulerat Aquilius de dolo formulas.* Apulei. *Lib.* 9. *nec familiæ erciscundæ, sed communi dividundo formula dimicabo.* Et Plin. *Lib.* 9. *C.* 59. damni dati formulam dici pro actione L. Aquiliæ, Briss. 5. *de Formul. pag.* 386. Indeque ICti formulas scribere dicti, et formula cadere, qui causa, de quo alibi. Nec negare ausim, quandoque cum actiones dicunt ICti, formulas eorum intelligi, ut *L.* 2. *de O. I.* Liberalius largiar, quoties proditum est, prætorem actiones dare, (locos cum obvii sint congerere, nullius esset operæ) formulas has indicari. At non continuo efficitur, si hæc inter alias voculæ actionum notiones una est, propria ut eadem sit, quamque in definitione accipi conveniat. Si quidem plures sunt acceptiones, ut vid. *comm. l. de act. in pr. n.* 4. *N.* 3. quibus et hæc accensenda; a cæteris tamen in eo distans, quod illarum semper una diffusior, vel strictior altera, minorque latiori continetur, ut sint sibi invicem fere subalternæ, vel saltem eodem omnes genere conclusæ. Verum cum actio pro formula sumitur, nec unum et idem genus habet, quod formulæ est, conceptionis verborum. Quæ sive literis perscripta sive ore prolata, nihil minus est quam jus, licet per abusionem jus dicatur, ut cum prætor dicebatur in verba litis jus componere, sicuti liber Papirii vocatus *Jus, in l.* 2. §. 2. *de O. I.* Quod et Hotom. agnoscit *in pr.*

*de servit. rustic. præl.* jus potestas; ut intelligamus actionem quæ jus est, etiam multo ante nostram esse, quam eam in judicium deducamus; quoniam et multo ante

*L. h. t.* scribens pinguius factum esse, ut in definitione hæc formula dicatur jus. Qui licet in ejus sensu erret, non tamen in eo, quod formulam proprie jus esse, infitetur. Sint sane multi loci, quibus formula pro actione, plures quibus actio pro formula ponatur: Ast illi omnesoppido pauci, si conferas aliis infinitis, quibus actionem ita accipi non posse quilibet, re parum perpensa, uti ea quæ oculis cernuntur, perspiciet. Veluti cum dicuntur actiones nasci, esse in bonis, alteri per alterum acquiri, alienari, mandari, cedi præstari, vendi, donari, pignorari, ad heredem transire, ab heredibus incipere, successione et aditione hereditatis confundi, plures concurrere et quandoque, una electa, aliam tolli, aut consumi, exhauriri, dividi inter fidejussores, inanes fieri egestate debitoris, extendi, extingui, initio inutiles eventu non confirmari, aliaque id genus plura; Quæ si singula locis juris adscriptis comprobarem, otio et litteris abuterer, cum suis quæque sedibus, ubi habentur, promere in expedito sit. Sic etsi reperiamus formulam vulgarem, de dolo, damni dati etc. nec quisquam tamen apte pariter dicet, formulam famosam, hereditariam, mixtam, perpetuam, temporalem. Quin etiam, an concinne dicatur formula in rem, in personam, ambigo; cum nec hic exempla veterum, quod quidem meminerim, adsint, et hæ actiones aliunde quam a formulæ conceptione nomen sortitæ sint, uti *infra C.* 2. *N.* 3. *etc.* Judicet jam quivis, tantumne sit ex rariori isto significatu, cujus exempla ex LL. alisque auctoribus, studiose undique congesta, vix ad numerum aliquem accedunt: anne a crebriori altero, cujus plus millies usus est, genus in definitione nostra constituere, aut expónere. Quod tamen nec ejusdem superioris generis, aut in eadem categoria, nec σποσχὶς foret, cum valde diffusum sit et antiquis testamentorum, stipulationum, mancipationum, divortiorum, interdictionis bonorum, omniumque actuum legitimorum formulis, quin et aliorum, quæ nimis quam a se invicem naturæ diversæ, æque solemnes fuerint formulæ, quarum plurimas, egregium Briffonii opus *de Formulis*, suppeditat. Nec concinnius actionis genus statuetur formula quam cujuslibet alterius actus solemnem formulam olim requirentis. Atque haud absimili fere ratione formula pro actione ponitur, quam qua tabulæ pro testamentis Quæ tabulas non ita rarenter ut hic, sed creberrime appellamus. Nec quisquam tamen inde tabulas genus testamenti esse contendit. Quin vel eo ipso, quod formulæ actionum dicuntur *tit. Cod. de form. et imp. act. sublatis* et judiciorum, Cic. *de LL. et de Oratore* (ubi judicia dicit pro actionibus) et alibi sæpe qualitates externas esse arguitur, cum genus in recto casu, non in obliquis et inflexis speciei attribui soleat: Quid quod ex iis locis, quibus formula actionis denotari videtur, quidam aliúm sensum recipiunt, ut dicantur formulæ de dolo, commuui dividundo etc. per ellipsin *actionis* verbo subaudito. Sicuti et alter Ulpiani locus videlicet *tit.* 25. §. 12. nihil certi arguit. Sed mitto hæc et ad reliqua. Sed et male sentire. Statuunt enim actionem quæ hic definitur, non haberi, antequam ejus formula prætore adito proposita vel perscripta, dato judicio. In quo tamen inter se variant, Hotomannus formulam duplicem esse sentit 1.° eius qui ad judicium provocat, petitionem et judicii postulationem a prætore, quæ proprie sit actio; 2.° formulam prætoris judicium dantis, eoque Celsum definitionem accommodasse. At Cujac. actionem esse, non illam formulam: *Ajo te mihi dare etc.* Sed istam quæ a prætore scribitur *L. Titius judex esto, si paret etc.* Neutrum definitionis generi convenit. Neque quoad mentem Justiniani et jure novo ius ecto, quo tota veterum formularum solemnitas radicitus amputata *L.* 1. *C. de form. et imper. act. subl.* Nam quod quidam sublationem diffitentur, nec nisi accidentalem quandam mutationem agnoscunt, nec illi Imperatori ipsi Constantino quasi in faciem abloqui videntur. Qui non dicit amputandas *quatenus aucupatione syllabarum insidiantur*, sed *aucupatione syllabarum insidiantes;* quo innuit insidiationem illam, anxiamque observandi necessitatem, causam suæ constitutioni magis dedisse, quam modum præstituisse. Nec ideo actiones in aliam versæ sunt naturam et substantiam, verum nudæ qualitates externæ, substantiem rei non egredientes formaque, ut Goth. *ibid.* verbalis mutata. Plane nihil verius est, veteribus formulis sublatis, formulas actionum mansisse, ut Vult. *in pr. I. h. n.* 98. vel ut loqui malo, novas in locum veterum successisse, quæ et ipsæ, pro variante natura actionum quarumvis, variantes; alias confusio actionum statueretur ut recte Vultejus. At non novæ actiones successerunt, sed priores integræ, nec immiutatæ aut variatæ constiterunt, maleque Cujac. sublatis hodie formulis, in persecutiones extraordinarias omnes actiones mutatas esse. Quin etsi mutatas solum, aliquatenus formulas conviceris, neque tamen, vel eatenus immutatas actiones, (quod isti consequens esset acceptioni) agnoscerem. Sed et series, ac contextus verborum Imperatoris *in* §. 1. *I. de act.* eorumque vis, mentem Imperatoris demonstrant. Dicit enim Justinianus *per actionem* in personam *intendere* actorem etc. Quare cum hoc *intenditur*, actio jam præexistit. Atque Cujac. contendit verba ea quibus actor intendit non esse veram formulam actionis, sed quæ a prætore impetratur, et decernitur. Denique cum actiones aliæ certorum annorum termino circumscribi, aliæ triennio tolli dicuntur, formula intelligi penitus nequit. Nam immo lite contestata, formulaque composita, actiones temporariæ, alias, perpetuantur; contra a lite cœpta intra triennium terminanda est instantia, ut suo loco. Neque quoad mentem Celsi ac inspecto *jure* antiquiori. Quod convincunt adducta *supra* vers.

ea agendi potestas nostra est: jure videlicet nobis concessa. Qua ratione et ante actio in bonis nostris esse dicitur. *L. bonorum*, in fin. *de verb. sig.* Sic tamen actio agendi jus et potestas recte dicitur, ut ipsa (2) persecutio qua illud jus agendi in actum deducitur, multo justius dicatur actio: cum verbalia in io proprie actum ipsum verbi unde derivantur, significent: inde autem similitudine quadam ad potestatem ipsam agendi traducantur. Ex quo sensu recte in divisione juris distinguuntur actiones a rebus, cum dicitur jus pertinere aut ad personas, aut ad res, aut ad actiones. *L. 1. de stat. hom.* ut sit sensus, aut ad persecutiones ipsas judicii, quibus quod est juris nostri tum in personis, tum in rebus nostris, judicio agendo persequimur. Nam si actiones interpretamur jura persequendi, dicimus actiones quæ sint res incorporales; quæ sane novum membrum non efficiunt, sed ad prius pertinent. Et tamen posito actionis verbo in superiore divisione, quod significet ipsam judicii actionem, seu per-

*sint sane multi*, clareque ostendi potest actionis et formulæ nec olim caussas easdem fuisse, nec una extitisse, cœpisse vel intercidisse. Actionis in personam caussa est obligatio in rem dominium juncta possessione conventi. Quæ caussæ has actiones parere dicuntur *L. 42. §. 2. de procur. L. 1. C. de ut. jud. mut. cap.* Formulæ vero ex his certe caussis non oriuntur, sed ex Prætoris eas judici et partibus præscribentis officio. Actiones, uti suis causis adæquati effectus longe anteriores formulis. Illæ habebantur etiam priusquam in judicium iretur, imo etsi nunquam iretur, donec dies exiret, quæ et extra jus alii cedi poterant. Nam ut Forcat. *Dial.* 82. *n.* 2. sicuti qui jus habet eundi, habet illud omni tempore, etiam quo non it, ita quoque qui jus petendi in judicio habet, etiam antequam in judicium actu veniat. Composita vero in litis verba formula prætor, ut Charond. loquitur 3. *Verisim.* 1. ex lege tantum, agendi genus formabat ac concipiebat; jus litigantibus nullum tribuebat: sed ipsis quod haberent reddebat, nec actionem ita dabat quasi tunc nata ex ejus officio profecta esset: sed ut videtur, legem exercendæ magis dicebat, modumque præfiniebat. Inanisque est argutia Hortensii *ad pr. I. h.* 1. quod obligatio non pariat actionem per se, aut sine obstetricio prætoris officio, quod jus non pariat jus, sed executionem fieri a prætore, ex eaque nasci novum jus speciale ac diversum ab obligatione, quæ fuit, quæque in judicio novata est. Quia, cum et olim edictio actionum in jure fieret, utique edi eas necesse erat ante litem contestatam, formulamque præscriptam. Cumque actionum instituendarum principium sit ab in jus vocatione; non esse eas solum, sed et institutionis initium sumi ante litis contestationem, apparet. Atque ut plura quæ suppetunt, desinam. Vera actio et jus persequendi nulli, nisi qui juste agit, qui ex. gr. contraxit, dominusve est, *l.* 23. *pr. L.* 49. *§.* 1. *de R. I.* Formulas vero sæpe optim impetrabant a prætore ii quibus nullum jus agendi. Quia de hoc pro tribunali non anquirebatur, sed in subselliis, litisque progresso disceptabatur, exitoque judicii patetiebat, utrius causa esset jure superior. Neque hodie fere aliter actiones exercentur. Ceterum his ita profligatis, ecquidnam demum jus hic significat? Audi verba Azonis *summa C. de edendo n.* 2. Si instes, et quæras quid est hoc jus: Resp. non gaudet alio nomine: Jus enim alia multa habet significata, et hoc est unum de his significatis: Cui convenit Charond. 3. *Verisim.* 1. Jus hic ita usurpari, uti jus cognationis, affinitatis, prædii, aliaque. Et ita omnino est: Juris hunc significatum, quem alio signato nomine uno efferre non datur, in pluribus animadvertere licet, ubi nec sanctio legislatoris (quam inepte hic Accursius intelligit et fere Vacon. 6. *Declar.* 87. *n.* 7.) nec potestas, nec formula, aliudve quidpiam quod eloqui facile aliter liceat, accipi potest. Ut cum dicitur de jure litigatoris quæri, aut pronunciari, jus persequi, obtinere nulli detrahere, jure suo facere, jus dicere, reddere, aliaque ejuscemodi in quibus vim vocis animo concipere facilius, quam verbis circumscribere Ita *jure* experiri, non est *formula* experiri, qua experitur etiam qui calumniose agit, nec *potestate* experiri, quæ absurda locutio foret. Sed etsi causam justam, aut titulum interpreteris, minus quam pro re dixeris. Quod et in nostrate lingua animadvertere est, cum dicitur *ein recht zu etwas haben*. Ubi vim verbi *Recht* nulla alia voce una, satis idonee efferes. Aliquo tamen forsan modo sic declaratur. Jus active est sanctio jubentis legislatoris, vid. *supra Lib.* 1. *C.* 4. cumque hominum causa omne constitutum sit *L.* 2. *de stat. hom.* jus quoque velut passive dicitur, quod istius juris seu legis beneficio quisque cui lex consultum voluit, obtinet. Quomodo jus minoris, ut restitui possit, damnosi contractus ipsi non noceant: mulieris, ne intercessione pro alio obligetur. Neque nunc regulæ isti assentior, quæ *supra Lib.* 10. *C.* 2. *N.* 2. quod vocula *jus* faciendi verbo adiuncta *potestatem* denotet. Nam et jus accrescendi est heredi, cui et invito accrescit. Et immo nec dominium, nec servitutem, aut ususfructum, nec pignus, superficiem, emphyteusin, aut quodcumque jus in re, nec commercium, nec obligationem, nec bonorum possessionem, ea ratione *jura* dici, quod sint *potestate*, *jura tributæ* sentio. Quæ singula latius comprobarem, nisi prolixitatis tædium vererer, et vel jam nunc veniam deprecandam censerem qui præter institutum meum in hoc opere, quo brevitatem ubique summopere sector, hisce tricis longius paulo immoratus fui.

(2) Loriot. *de Apicib. jur. Tr.* 2. *de action. axiom.* ipse ait, persequutio in facto consistit, distans ab actione quantum obligatio a contractu, add. P. Fab. 2. *Semestr.* 25. *pag.* 373.

secutionem: recte nihilominus deinceps hic definitur actio jus et potestas agendi, ut ex jure nostro, qualis deinde futura sit, aut esse debeat judicii persecutio, intelligatur.

V. Est *jus persequendi.* Apposite persequendi. Nam persequi est rem aliquam ad extremum sequi. Idest eo usque sequi, donec aut consequamur, aut certum fiat nos amplius consequi non posse. Id autem in omni actione, et juris nostri persecutione accidit. Nam agendo eo usque jus nostrum persequimur judicio, donec aut consequamur sententia judicis, quod petimus, aut eadem sententia ejus obtinendi spes nobis præcidatur: quorum alterum contingit condemnatione rei, alterum ejus absolutione: estque hic judicii exitus: hic enim desinit in rem judicatam. Res autem judicata condemnatione vel absolutione rei finem controversiæ imponit. *L.* 1. *D. de re jud.*

VI. Est *jus persequendi* (3) *judicio* Judicium quid sit, attigi in hoc argumento de re judiciaria ab initio *capite tertio.* Exposui diligentius in commentario ad eum titulum. Nunc summam paucis indicabo. Judicium est legitima tractatio rei controversæ inter actorem et reum apud judicem constituta, ejus ipsius judicis cognitionem de re controversa et sententiam continens. Dixi tractationem esse rei controversæ inter actorem et reum apud judicem constitutum. Ex eo intelligitur, quod in omni actione (habet autem omnis actio judicium ex definitione) agitur de re aliqua inter aliquos qui de ea re dissident: quorum unus agit, alter est cum quo agitur; ex quibus ille actor, hic reus nominatur. *L.* 3. *D. de jurejur. Inst. de Except.* in princ. et agitur apud eum, qui ejus controversiæ et litis judex est, controversiæ finem sententia impositurus. Quæ omnia cum de tractatione, tum de personis superioribus in actione, ac per actionem in judicio complexus est Justinianus in §. 1. *Inst. de actio.* legitimam tractationem voco, quia certo ordine et forma jure constituta constat: adversus quam nihil in judicio ratum est. *L.* 4. *C. de senten. et interl.* Id partes judicii indicant, quas ideo deinceps adieci. Hæ enim proprie tres sunt; litis contestatio, a qua primum peti quid et judicio agi dicitur: *L. amplius, D. rem rat. hab. L.* 1. *C. de jud.* juncta *L. lite, C. de usur.* caussæ cognitio; et sententia judicis. Atque has definitione sum complexus. Cum autem adiicere volumus ea quæ necessario judicium antecedunt, accedit pars quarta eaque prima, in jus vocatio. Sed hæ partes judicii cum ad judiciorum ordinem et formam pertineant: de his tum opportune dicetur, cum ad eum locum venerimus. Illud notandum, quod cum tot sint judicii recte constituti partes, quot modo dixi, tamen judicium ab una tantum parte, idest sententia est appellatum. In hac enim solum judicis judicium est, si quidem tunc solum judicare dicitur judex, cum tanquam jus dicit de re controversa. Quod fit tunc, cum de ea re pronuntiat, et pronuntiatione sua, id est sententia, controversiæ finem imponit. Unde et in hac pronuntiatione sola dicitur esse res judicata. *L.* 1. *D. de re judic.* Cur ergo ab hac parte judicii nomen potius, quam a cæteris? Optima ratione: non solum quod hæc præcipua judicii pars est: sed multo magis quod cæteræ quoque partes judicii illius consilium et cogitationem habent. Ad id enim obtinendum referuntur, alioqui per se inutiles. Aut si malumus quid certius, eo fit, quod judicium illud et sententia judicis, cæteras partes ita sibi jure adiunctas habet, et quodammodo ad se trahit; ut videatur in se inclusas habere, certe ab his nequeat separari: cum ita jus sit, ut nisi præcedente illo judiciorum ordine servato, nulla sententia judicis habeat judicii et rei judicatæ auctoritatem. *d. L.* 4. *C. de sen. et interl.*

VII. *Jus persequendi quod sibi, seu quod, nobis debetur.* Hoc, quod nobis debetur, sic interpretandum est, quod nobis præstari debet. Id eo dicimus, quia proprie id solum deberi dicatur in usu juris, quod cum alienum sit, nobis debetur ab eo, qui eo nomine obligatus est *L.* 1. in pr. juncto

(3) Quod hic non sejungitur, ceu plerique et Gœd. ad *L.* 34. *de V. O.* Hortens. ad *pr. J. h. t.* ut excludatur tribunal prætoris, sed imo totus processus, seu actus negocii discussionis denotatur, vid. *supra Lib.* 17. *C.* 3. *N.* 1. alias in integrum restitutiones, præjudicia, interdicta, cognitiones prætoriæ non continerentur. Ac immo actio quoque habetur, cum prætorem quis adit: item dum adhuc apud eum consistit; etsi prætor actionem dare dicatur sed diverso sensu. Quod si judicis nomine sæpissime venit prætor, vid. *supra Lib.* 17. *C.* 21. *N.* 3 quidni et judicii nomine tribunal contineatur. Denique nec Justiniani tempore vetus actionum dandarum mos obtinebat, sed magistratus ipsi judicabant. Sed hæc verba posita ad differentiam earum *persecutionum*, quæ quandoque extra judicium licite fiunt, ut *supra Lib.* 17. *C.* 2. *n.* 10. *etc.* Accurs. in *pr. L. h. tit.*

§. pen. et ultim. *L. 2. L. 3. D. de const. pec.* Quod nostrum est, non dicitur nobis deberi. *L. scribit*, *D. de aur. et arg. leg.* Quo sane sensu definiatur solum hic actio in personam; quippe quæ sola adversus eum sit, qui nobis obligatus est: neque contineatur actio in rem, quæ adversus eum qui nullo jure nobis obligatus est, competere dicitur: utrumque in §. 1. *Inst. de action.* Nunc autem omnem actionem definitione complecti volumus, sine quo vitiosa sit definitio. Ergo ut id consequamur, aut actio apertius ita definienda est, jus persequendi judicio, quod sibi seu nobis quoque modo præstari debet: aut hoc ipsum, quod nobis (4) debetur, sic interpretandum, ut sit, quod nobis præstari debet. Quo posito omnem actionem comprehensam habebimus. Nam ut in actionibus in personam nobis præstari debet quod ex obligatione nobis debetur: ita in actionibus in rem nobis hoc præstari, ut quod nostrum est restituatur: aut patiatur adversarius nos id libere nobis sumere, et jure nostro usurpare.

(4) Recte, et conveniunt Usil. *in pr. I. de act. n.* 38. *et seqq.* Schneidvin. *n.* 18. Myns. *n.* 21. Harprecht. *n.* 17. *et seqq.* Azo. *in summa ad h. t. Inst. n.* 4. Forcat. *Dial.* 96. *n.* 2. Rain. Cors. 2. *Indag.* 1. Cujac. ad *L.* 178. *de V. O.* et. 15. *Obs.* 18. *sub fin.* (quia et compensatio dicitur debiti contributio *L.* 1. *de compens.* cui tamen et in actione in rem locus) et Gilb Regg. 1. *Enant.* 12. Alex. Turamiu. *Epist. Acad.* 18. Bron. 4. *Ass.* 30. Charond. 3. *Verisim.* 1. Nullum, ait, jus, cui non aut a natura, aut a lege data quædam obligatio, comes et adiutrix, saltem tacita, Cons. 6 *Misc.* 5. *n.* 8. *et* 9. Qui rem nostram possidet, inquit, non inconcinne dicitur debere et obligatus esse ad restitutionem, ne locupletior fiat ex jactura alterius. Nam et commune vinculum est, quo omnes obligantur, ut honeste vivant neminem lædant. Gœd. ad *L.* 2. *pr. de V. S. n.* 4. non tantum conventione scribens sed et caussa in creditum iri, per occupationem et detentionem rei alienæ. Nam si omni aut justa, aut satis firma caussa possidendi caret qui detinet, quasi in hoc creditum habet a domino, eique tacite obligatur, ut cum omni caussa restituat. Ursill. ad *pr. I. h. t. n.* 44. Quodam, ait, juris figmento, detentor rei meæ, ratione possessionis mecum contrahere videtur, atque eo vinculo obstrictus est, ne mea jactura rem suam augeat. Quæ tamen longe petita videntur, sicuti et quod Baro in *p. I. h. t.* deberi hoc vindicanti domino, ut dominus judicetur, et ad restitutionem se obligare possessorem, litem contestando. Nec obst. §. 1. *h. tit.* Verbis: *Qui nullo jure ei obligatus est.* Nam resp. *nullo jure*, non quod possessor, dum domino quod suum est, negat, eo ipso facto obligetur ad restitutionem, officioque judicis compellatur potius, quam nullo jure, ut videtur sentire Marc. Lycklame 4. *Membran. Ecl.* 7. Nec quod proprio jure, ex variis caussarum figuris *L.* 1. *de O. et A.* teneatur, sicuti lege obligari dicimur *L.* 52. *eod.* ut idem 3. *Membran.* 21. et fere Goth. in *L.* 51. *h. t.* Sed *nullo* scilicet, de quo ibi agitur, conventionis nempe, aut contractus, delictive, vel quasi, Vult. in *d.* §. 1. *n.* 52. et Mudæ in *pr. I. eod. n.* 48. quo obstrictus, non nisi solutione liberatur, cum hic, qui sine dolo possessionem amisit, teneri desinat. Verba enim, pro re subiecta accipiende. Et pluries sane *teneri* aliquem actione reali legimus, quæ vocula obligationem quandam arguit, Gœd. *d. n.* 4. Denique aperte quoque in rem obligatio tribuitur §. 5. *I. de excep.* Quare nihil attinet huic definitioni, ceu mancæ ac imperfectæ absolvendæ, adiicere verba: *suumve est*, ut Hnt. ad *pr. I. d. tit.* at 3. *Obs.* 17. Gifan. ad *d. L.* 51. *n.* 3. Quæ ipsa adiecta falsam sententiam reddunt. Persequimur enim quod abest, ut id consequamur. Quod vero nostrum est, seu dominium rei nostræ, non abest, sed a nobis habetur, quin nec amplius id consequi licet §. 14. *I. h. t. et sim. l.* Gravissime vero labitur Marc. Licklama 4. *Membran. Eclog.* 6. qui vindicantem interim, dum probaverit rem suam esse, dominum non esse, et ideo persequi, quod sibi debetur, non quod suum est: Quia ait, cum duo in solidum nequeant esse domini, sicuti ab eo tempore quo possessionem sibi habere nec reddere adversarius constituit possessionem amitto; ita et tantisper (donec ego probaverim) dominium apud possessorem, maxime eo casu quo proprietas a possessione separari nequit *L.* 10. *de acquir. possess.* Quod, si persequerer actione reali, quod meum esset, quodque suum esse, aut alterius defenderet reus: constituerentur duo ejusdem rei, saltem interea, id est, pendente actione domini. Qui actionem habet, rem ipsam habere videtur: non habet. Ergo quod abest interea debetur, licet suum esse petitor dicat. Ita Lycklama. Quæ non uno modo in juris nostri regulas impingere videntur. Diss. aliter Cornel. Vibulan. *in not* ad Accurs. in *pr. I. h. t.* Gifan. ad *d. pr.* soli personali actioni definitionem convenire sentientes. Quibus succinit A. Fab. 15. *Conject. initio* et 20. *Conject.* 9. quia realis, nec proprie sit actio, cum non uti illa a coactione incipiat. In quo bifariam errat 1° quod falsa notione vocis *actionis* innititur, vid *com. I. de act. in pr. n.* 4. *in pr.* 2° quod jus de resistente in jus pertrahendo, manu iniecta, ad personales actiones coarctat. Obiic. impropria hæc verbi *deberi* significatio, fatente Donell. *hic*: definitioni vero convenit proprietas. Resp. Sylv. Aldobran. ad *Gl. in pr. I. h. t. v. debetur*, hoc locum habere in definito potissimum in definitionis verbis, raro a ICtis attendi. Quanquam forsan latior et largior potius hæc acceptio, quam impropria, ut Bannneas. in *Præf. ad h. t. Inst. n.* 160. post alios quos citat.

Atque hoc modo etiam recta et justa definitio futura est, in qua nec quidquam sit in definito, quod non contineatur et explicetur definitione; nec quidquam in definitione, quod non tribuatur etiam definito. Sic enim definitio reperietur, ut nullæ sint actiones, quæ non hoc ipsum persequantur judicio, quod nobis jure præstari debet: nec ullæ hujusmodi judicii persecutiones, quæ non sint actiones. Quorum utrumque cum in quibusdam tum actionibus, tum persecutionibus falsum videri possit, quæ efficiant vitiosam definitionem quæ hic obiiciuntur, breviter diluemus.

VIII. Sic ergo disseritur. Omnis vitiosa est definitio, quæ aut non omnia continet quæ sunt definiti, aut continet plura quam definitum: illic angustior definito, hic latior. Utrumque hoc vitium inest in hac definitione, ut multa probare videatur. Vitiosa igitur in primis definitio, et alia quærenda. Primum dixeris non omnes actiones contineri definitione: non enim omnes esse hujusmodi, ut his persequamur, quod nobis debetur, seu nobis præstandum est. In hoc numero citantur tres: accusatio criminis; actio popularis; actio injuriarum. Accusatio criminis dicitur (5) actio, ut *tit. C. quando civilis actio criminali præjudicet.* Item in *L. qui accusare*, ubi qui in principio responsi dicitur accusator, nominatur in extremo actor. At accusatio non persequitur quod nobis debetur: persequitur enim vindictam criminis, in qua persequenda non privata res, publica utilitas versatur. *L. locatio*, §. *quod illicite*, *D. de publ.* Est igitur hæc actio, quæ non persequitur, quod nobis debetur. Actio popularis eodem modo. Nam actionis verbum utique ei convenit. Aperte enim dicitur actio toto *Tit. D. de pop. act.* Hanc tamen non persequi, quod nobis debetur, cujus rei certum argumentum est quod traditur in *L. pen. D. de pop. act.* qui eam habeat, eum locupletiorem non esse? Nam quod vere debetur, et quod idem valet, quod vere est in actionibus id etiam in bonis est. *L. bonorum*, *D. de verb. sig.* Est quidem hæc actio in bonis agentis post litem contestatam, ut scriptum est in *L. si cui*, *D. de verb. sig.* Ut superius illud accipiendum sit de eo, qui nondum litem de populari actione contestatus est. Sed tamen hoc semper relinquitur eum qui actionem popularem habeat, ante litem contestatam locupletiorem non esse, eoque nec habere jus persequendi quod sibi tunc debeatur. In eadem caussa est actio injuriarum: quæ et ipsa aperte actio dicitur: et tamen eodem modo popularis dicitur non esse in bonis nostris, antequam litem contestemur. *L. injuriarum*, 28. *D. de injur.* De quibus breviter respondeo. Accusatio si ad privatum accusatorem refertur, non est, fateor, jus persequendi quod sibi debetur. Sed nec sic quoque est privati actio, nisi abusive loqui volumus. Hic enim accusator non suam caussam agit, sed Reipublicæ. Quod si refertur accusatio ad Rempublicam, cujus nomine a privato agitur, tum sane recte dixerimus accusationem persequi, quod (6) debetur agenti Reipublicæ. Persequitur pœnam criminis, quæ ut debetur Reipublicæ ad emendationem, et repressionem maleficiorum; ita et ad eas res ipsas Reipublicæ exsolvenda est. *L. si pœna*, *D. de pœ. L. bona*, in fin. pr. *D. de po. d. L. locatio*, §. *quod illicite*, *D. de publ.* Sed et tunc accusatio rectius dicatur actio: ut dicendum sit in accusatione quoque hoc evenire, ut ubi definitionem superiorem accusationi detraxeris, recte huic quoque deneges actionis nomen, quod definitur; quod si semel illi tribueris definitionem, continuo conveniat et definitum. Quod attinet ad popularem actionem, ut in ea nomen actionis ponimus, ita vere ei et definitio convenit. Actio dicitur; sed et ea est, qua privatus actor persequitur judicio quod sibi debetur; pecuniam videlicet, cuius petendæ potestas illi edicto prætoris data est: qualis est ea, de qua edicto prætoris, quod est de dejectis et effusis, itemque suspensis, cautum est. *L.* 5. §. *hæc autem*, §. *ult. D. de his qui dejec. vel effud.* Non enim profecto eam pecuniam petere quisquam potuit aut ad petendam accedere, nisi qui jure petendi persequendive sibi tributo potuit: cum uniuscujusque pe-

(5) *L.* 4. *C. de edendo L. pen.* ibi *capitalium actionum D. Si ex nox. cau. ag. L.* 15. §. 1. *ad SC. Turp.* Sicuti et Cicero scripsit actiones in Verrem, et in Miloniana perduellionis actionem appellat, Charond. 3. *Verisim.* 1. Ingratique et suspecti modo accusatio, modo actio dicitur *L.* 1. *et.* 3. *C. de lib. et cor. lib.* Et accusatio inofficiosi, pro actione *infra Cap.* 3. *N.* 1. Juxta communem tamen loquendi usum, ab actione distinguitur, Arn. ab Haersolte *in Proleg. de Act. in genere n.* 2 3. 4. unde et tituli ejus sejuncti, ac diversi, Don. ad *pr. L. h. t. n.* 11.

(6) Vera enim obligatio ex delicto quoque publico, eademque ex voluntate peccantis, vid. *supra Lib.* 15. *Cap.* 24. *N.* 1.

titionem metiamur ex eo jure, quod tum rum peteret, habuit. *L.* 1. §. 1. *D. si pars. her. pet.* Quid est autem jus petendi nisi jus petendi quod sibi præstari debeat? Quid est ergo, quod dicitur eum qui actionem popularem habeat, non esse locupletiorem ante litem contestatam? Hoc eo dicitur, quia certo non est locupletior. Potest enim multis modis evenire, ne litem contestetur, vel quia nolit, vel quia alius antevertat, vel quia concurrens alius tamquam idoneior præferatur, vel quia morte præventus non potuerit. Quod si fit, nunquam quidquam juris in ea actione habuisse videbitur, ac nec deinceps habere posse eum certum est. At si cœperit litem contestari, non solum exinde actio in bonis ejus esse incipiet, atque inde fieri locupletior; sed etiam retroversus in bonis ejus fuisse intelligetur. Ita an actio sit in bonis ejus qui agere potest, si velit, necne: pendet ex eventu litis contestatæ: quæ si non sequitur, nihil hic fuit in ejus bonis; si sequitur, jus prius quod incertum erat confirmat, comprobatque etiam ante ejus fuisse. Neque novum est, quædam esse, in quibus ab initio res dubia est, sed ex post facto retroducitur, et apparet, quo jure fuerit. *L. quædam*, *D. de reb. dub.* Sic rei legatæ dominium in pendenti est, priusquam legatum agoscat aut repudiet legatarius. Nam si agnoscit, retro ipsius fuisse videtur: si vero repudiaverit, retro videtur res legata semper fuisse heredis, nunquam legatarii: ut sic recte dicturi simus nunquam antea legatarium certo fuisse in bonis. *L. servum*. 44. §. 1. *D. de leg.* 1. Simile exemplum agnoscas in *L. si non sortem*, §. *si decem*, *D. de cond. ind.* De actione injuriarum idem responsum volumus. Hæc ante quam litem contestemur, dicitur non esse in bonis nostris, nempe quia nondum est certo. Quid enim, si injuriam remittamus? quid si (7) moriamur lite nondum contestata? quibus modis accidit, ut injuriarum actio sic exstinguatur, ut nihil plus prosit, quam si nunquam competisset. *L. si tibi*. §. 1. *D. de part.* §. 1. *Inst. de perp. et temp. act.* Quod si litem contestati erimus, hic eventus declarabit iam tum ab initio actionem nostram esse et fuisse in bonis, ex quo injuriam passi sumus. Quod si utraque in bonis etiam ante litem contestatam, dummodo litis contestatio secuta sit, fit id quod volumus, ut utraque persequamur id quod nobis etiam ante debebatur, sine quo alioqui non esset in bonis. Effectum est igitur huc usque nullam esse actionem, cui non recte definitionem superiorem tribuas, ut dicatur esse jus persequendi, quod sibi debetur, atque hac parte sibi constare definitionem.

IX. At saltem e converso eam peccare dixeris, ut videatur multis in rebus plus complecti, quam definitum. Quam ad rem proferuntur complures persecutiones ejus, quod nobis præstari debet, quas apparet verbis definitionis contineri, quæ tamen non sint, certe non videantur esse aut dici actiones Quarum persecutionum tres sunt ordines ac veluti gradus. Primus actionis in rem, de qua facilior explicatio est. Secundus earum, quæ longius ab actionibus tum in rem, tum in personam recedere videntur, in quo sunt præjudicia, interdicta, stipulationes prætoriæ, in integrum restitutiones. Tertius earum, quæ recedunt etiam longius, nempe quæ sunt earum rerum, quæ præstantur officio judicis.

X. Primum ergo occurrit in rem actio, quam certum est persequi, quod nostrum est, et quod de eo nobis debet præstari. Atqui hæc quibusdam locis ita separatur ab actione, ut toto genere res ea differat: in quibus tria hæc, actio, petitio, persecutio, diserte ita distinguuntur, ut dicatur actio in personam inferri, petitio in rem, persecutio vel in rem, vel in personam rei persequendæ caussa: maxime tamen si sit persecutio extraordinaria. *L. actio*, *D. de obl. et act. L. pecuniæ*, §. *actiones*, *D. de verb. sig.* Unde hæc eadem tria tanquam diversarum rerum nomina sæpe conjungi legimus in formulis antiquis, et scriptis veterum: ut §. *item per*, *Inst. quib. mod. tol. obl. L. bonorum*, *D. de ver. sig.* Sed diluitur obiectio in *d. L. pecuniæ*, §. *actiones*. Plerunque, inquit Ulpianus, sic acci-

(7) Vid. *L.* 32. *pr. ad L. Falc.* Obiic. At quandoque actio instituta, antequam quid debeatur, tenet, at efficax; modo lite contestata, ante sententiam deberi inceperit; ut si possessionem postea consecutus reus *L.* 4. *L.* 18. §. 1. *L.* 41. *pr. de pet. her. L.* 27. §. 1. *de R. V.* Resp. Dyn. *in pr. l. h. c. n.* 18. licet debita res ibi non fuerit initio, ratione rei conventæ; debita tamen possessio ratione actoris, in quo, si defectus juris appareat, inefficax actio. Vindicatio enim et petitio hereditatis non tam in personam, quam in rem directæ. In actione vero in personam, condemnatio non præcedit, nisi initio litis jus agendi actor habuit, aut illud ex facto præcedenti originem habeat, add. *infra C.* 14. *N.* 8. *et* 9. *ac Lib.* 20. *Cap.* 5. *N.* 5.

pitur actionis verbum, ut significetur actio in personam: sed tunc cum ad speciem refertur. Enimvero ibidem adjicit actionis verbum et generale esse, et speciale. Generaliter autem actionem dici omnem, sive in personam, sive in rem sit petitio, quomodo et nunc actionem accipimus, instituta de toto genere oratione, et ad eam rem accommodate definimus. Et vero is generaliter nominare intelligitur, qui simpliciter et sine adjuncto nominat. At qui tria hæc conjungit, actionem, petitionem, persecutionem, apparet eum nisi inepte plura verba ejusdem rei significantia congerere voluit, tres res diversas notare voluisse: quas si distingui volumus, efficietur ea distinctio, quam supra diximus, ut actio sit in personam, petitio in rem, persecutio aut verbum commune utriusque aut persecutio extraordinaria.

XI. Plus est dubii in illis quatuor generibus persecutionum, quæ præter eas, quæ dicuntur usitate actiones, licet observare in usu juris: præjudicia dico, interdicta, stipulationes prætorias, restitutiones in integrum. His omnibus generibus persequimur judicio, quod nobis præstari debet. Præjudiciis agitur de statu obtinendo. §. *præjudiciales*, *Inst. de act.* Interdictis de possessione. *Inst. de interd.* Prætoriis stipulationibus, ut hæ ipsæ stipulantibus nobis interponantur, veluti damni infecti, et legatorum nomine. *L. actionis*, *D. de obliq. et actio.* In integrum restitutione, ut quod jure de nostro amissum est, restituti in integrum recuperemus. *D. de in int. rest.* Atqui hæ persecutiones (8) non sunt actiones: argumento est, quod omnes ab actionibus distinguuntur. Indicat *L. non solum*, in pr. *D. de proc.* Indicant tituli diversi de his generibus. Alius enim est titulus de actionibus et obligationibus; alius de interdictis; alii de prætoriis stipulationibus, puta, de damno infecto, et ut legatorum nomine caveatur; alii de in integrum restitutionibus, tum *D.* tum *C.* Sed sciamus, et has ipsas persecutiones esse actiones. Certæ præjudicia, interdicta, stipulationes prætorias actionis verbo contineri diserte scriptum est in *L. actionis*, *D. de ob. et actio.* De in integrum restitutione idem traditum in *L. 1. §. idem Pomponius refert. D. de dolo.* Immo et hæc aperte actio nominatur in *L. non solum*, *§. est et casus. D. de proc.* sed et in *L. in caussæ*, in pr. *D. de minor.* Cum Ulpianus in ea restitutione imploranda videndum esse ait, an alia actio competat citra in integrum restitutionem. Nam aliæ actionis verbo satis clare significat etiam in ipsa restitutione postulanda actionem versari; sed eam quæ præcedentem in integrum restitutionem desideret: alias autem actiones esse, quæ competant citra in integrum restitutionem, quarum an una aliqua competat, videndum esse scribit. Quidni vero et in integrum restitutio, et superiores persecutione actiones ut sunt, ita et dicantur? Agitur enim et in his judicio de re aliqua. Actiones igitur; quandoquidem agere et actio sunt conjugata. Ac ne res exemplis egeat; cum in edicto de procuratoribus ita scriptum esset, *cujus nomine quis actionem sibi dari postulabit*; id omnes sic acceperunt, ut actionis verbo superiora omnia continerentur. *L. non solum*, in pr. et *§. est. et casus*, *D. de proc.* Eodem modo et edictum de dolo; in quo cum polliceretur prætor se de rebus dolo gestis actionem de dolo daturum hac conditione, si de his rebus alia actio non esset; hic quoque actionis verbum sic acceptum est, ut eadem illa hoc verbo intelligerentur. *L. 1. §. ait.* et deinceps. *D. de dolo*, Non obstat, quod actiones a superioribus generibus sæpe distinctæ ita enumerantur, actiones, præjudicia, interdicta, stipulationes prætoriæ, in integrum restitutiones: ut in *d. L. non solum D. de proc. d. L. 1. §. ait*, et deinceps: *de dol.* Hoc enim non eo fit, quod superiores species non contineantur verbo actionis tanquam generis: nam et hæ enumerantur distinctæ in *L. actionis*, *de obl. et action.* ubi tamen omnia dicuntur contineri actionis verbo: sed fit ideo, quod cum species aliquæ in proprium nomen transeunt, et aliquæ cum verbo generis conjunguntur; hic verbum generis, quod prius commune erat, incipit (9) speciei ab aliis distinctæ nomen occupare; ut in verbo adoptionis fieri videmus in *L. 1. D. de adopt.* agnatorum in *L. Jurisconsultus*, *D. de grad. et affin.* Quo exemplo et cum legimus eodem loco dici actiones, interdicta, prætorias stipulationes, in integrum restitutiones, sciamus hic actionis verbum, quod vi sua commune cum sit, omnia ista continet, de eo genere actionum dictum intelligi, quod neque est interdictum, neque prætoria stipulatio, ne-

(8) Et dicuntur, vicem actionum repræsentare *L. 20. Item rat. hab. L. 1. §. 2. de præt. stip.*

(9) Vid. Gœd. *ad L. 34. de V. S. n. 2.* Bennucasa *In Præfat. l. h. t. n. 134.* et Vult. in *pr. l. h. t. n. 13.*

que restitutio in integrum. Idque necesse est ita intelligi. Nam quæ species nominatim appellatæ sunt, eæ tanquam exemtæ intelliguntur ex nomine generis. Quibus exemtis, non potest aliud in nomine generis relictum videri, quam quæ species non sunt appellatæ.

XII. Plus his omnibus difficultatis objicit tertio loco persecutio earum rerum, quæ officio judicis præstantur in bonæ fidei judiciis. Quales sunt usuræ ex mora præstandæ. Hæ in bonæ fidei judiciis ex mora etiam deberi dicuntur. *L. mora*, §. 1. *D. de usur. L. initio*, 5. *C. de pact. int. em. et ven. comp.* ut appareat huic præstationi etiam definitionem actionis convenire. At certe non convenit definitum. Negantur enim hæ usuræ ex mora peti posse, in *L. qui per collusionem*, §. 1. *D. de act. em.* Negatur adeo de his ulla esse propria actio, in *L. 4. C. depo.* Habemus igitur in hac saltem specie persecutionem ejus quod nobis debetur, quæ tamen non sit actio. Immo et in hac specie ut inest persecutio ejus quod nobis debetur, ita et actio, et quidem illa ipsa; per quam eas usuras persequimur. Ea est actio principalis de sorte: hujus enim beneficio consequimur, ut cum mora fuerit, etiam usuræ officio judicis accedant, et nobis præstentur; neque alia ulla (10) propria est earum usurarum persecutio. *d. L. qui per collusionem*, §. 1. *de actio. em. L. quæro*, *D. loc.* Atque eam actionem quæ in personam est, nemo negat vere actionem esse. Quare ut est de his usuris persecutio ad præstationem, ita est et ad eam præstationem actio et petitio. Et vero in *L. 4. C. dep.* ita scriptum est. etsi in his usuris exigendis non sunt duæ actiones, una sortis, et alia usurarum tamen utriusque præstationis nomine unam esse actionem. Unde et in *d. L. initio*, *C. de pact. int. em. et vend.* dicuntur aperte hæ usuræ postulari. Etenim non petuntur principaliter; sed per consequentiam principalis actionis de sorte motæ. Nihil hoc ad rem pertinet: nam nec debentur principaliter, sed tantum officio judicis, cui locus fit, cum principalis actio mota est. *d. L. qui per collusionem*. §. 1. *de act. em.* Satis est autem ad defensionem definitionis superioris, si ut est persecutio rei præstandæ, ita sit et ejus præstationis actio. Debentur præstanturque hic usuræ per consequentiam principalis actionis institutæ. Sit igitur satis et hujus præstationis eandem esse actionem. Quæ cum ita sint, recta est superior actionis definitio quæ ita constituta est, ut de-

(10) Diss. vulgo, implorationem officii judicis, ab actione distinguentes, Azo *in Summa ad h. t. Inst. n.* 2. Bart. *in L.* 1. *de Jurisd.* ubi *in addit.* plures differentias refert Hieron. Alban. Gifan. *ad L.* 37. *de O. et A. n.* 10. Hancque communem impugnatam ab Alc. 2. *Paradox.* 10. defendit Walth. 1. *Misc.* 31. Ac uti actio est ex regulis juris; ita officium judicis ex æquitate contra juris regulas statuunt in subsidium actionis inventum; sicuti utilis actio, in casum deficientis directæ, Usill. *in* §. 1. *h. t. n.* 31. Unde qui ex statuto odioso privatur actione hoc non item volunt Gomez *ibid. n.* 47. Joh. Bapt. Asin. *de Execut* §. 3. *Cap.* 323. *n.* 5. Nec obstare, ait Walth. *L.* 34. *et L.* 178. §. *pen. de V. S.* Extraordinarias enim persecutiones non significare officium judicis sed eas actiones quæ sine præscriptis verborum formulis, olim dabantur *L.* 47. *de neg. gest.* Ast Gœd. ad *L.* 34. *de V. S. n.* 3. *et n.* 8. persecutiones extraordinarias non per modum actionis sed mero jus dicentis officio in jure peragi, nec judicium unquam ingredi. Atque ita omnes cognitiones prætorias, ab actionibus secernunt. Et Cujac. ad *princ. I. h. t.* persecutiones extraordinarias per abusionem, actiones dici. Ita statuo: Tametsi officio Judicis, res quandoque ad effectum perducatur, ubi nulla stricto jure actio: *L.* 50. *de pet. her. L.* 7. *de an. leg.* generaliori tamen actionis significatu, venire, adeoque etiam definitione hac contineri. Et ubi nulla de iis dicitur actio prodita, quæ officio judicis præstantur; æque tunc ad specialiorem usum restrictum verbum actionis, uti cum vindicationi opponitur. Plane et in quavis actione judici statim atque factus est, omnium rerum officium incumbit, quæ in judicio versantur *l.* 25 §. 8. *de æd. ed.* Sicuti æstimatio injuriæ fieri dicitur a Judice § 7. *I. L.* 21. *L.* 37. §. 1. *D. de injur.* Sed illud vulgo actioni deservire dicunt ac facti esse, quod actioni (injuriarum ex. gr.) inhæret, jus petendi per illam mitigans, *Gl. pr. h. t. V. jus*, nec tam jus, quam juris executionem exprimit Main. *Lib.* 1. *de Act. Cap.* 2. Unde nata distinctio officii nobilis et mercenarii, de qua, vid. Schneidevin. *in pr. I. h. t. n.* 10. Wes. *ad tit. C. qui pro sua jurisd. n.* 50. *et seqq.* Sichard. in *L.* 3. *C. ex quib. ca. mai. n.* 2, *et seqq. Hippol.* Riminald ad *L.* 3. *de Jurisd. n.* 338. *et seqq.* Asin. *d. C.* 323 Damhuder. *Prax. cr. C.* 9. Tomamin *Epist. Academ.* 12. P. Frider, *Lib.* 2. *de Mandat. jud. C.* 58. *n.* 7. *et seqq.* Musc. *de Jurisd.* 1. *n* 67. Matth. Steph. 1. *de Juris. n.* 42 *et seqq.* Quam reprobant Gœd. ad *L.* 22. *de V. S. n.* 18. Ant. Goth. aniles fabulas vocans, *QQ. jur. cap. n°* 5. Obrecht. *de Jurisd. Cap.* 12 *n.* 30 *et seqq.* Bocer. *de Jurisd. Cap.* 3 *n.* 4.

finito et definitione inter se congruentibus, nullæ sint actiones, quæ non sint jura persequendi judicio quod sibi præstari debet; nec ulla hujusmodi jura, aut persecutiones, quæ non sint actiones.

## CAP. II.

Quæ in omni actione in judicium recte deducenda agenti observanda sint. Hæc ex genere cujusque actionis æstimari. Hinc quæ actionum summa genera sint; et in his quæ genera actionum in rem.

*Quatuor loci indicatur ad recte instituendam actionem necessarii.* I.

*Propositum auctoris. et methodus.* II.

*Actionum summa divisio qualis.* III.

*Contraria divisioni amoventur.* IV.

*Recta actio, seu quæ nostrum communi jure persequitur, alia in rem, alia in personam. Nomina cum re utrique subiecta convenire.* V.

*Propria singulorum generum in ista divisione appellatio.* VI.

*Superiora actionum genera usu potius et commoditate docendi, quam proprietate rerum aliquando distingui.* VII.

*Eadem communione generum integri juris nostri persecutiones quascunque contineri.* VIII.

*Actiones in rem dividi in civiles, et prætorias.* IX.

Civiles *rursus in eas quæ sunt de statu personæ, aut de rebus extra nos positis. Quæ utrique generi conveniant.* X.

Prætorias *item in eas quæ sunt de universitate rerum, aut de rebus singulis institutæ. Utriusque generis quæ.* XI.

*Cui bono accurata actionum per illa genera partitio, et generum in species distributio.* XII.

*Tractandarum rerum methodus.* XIII.

I. Cum sit ergo actio ea potestas persequendi quid judicio, quam ostendimus, nempe ea est, quam dicimus ab actore in judicium deduci; qua deducta incipit fieri ea juris sui persecutio, quæ in judicio versatur: de qua deinceps et judicem cognoscere, et cum cognoverit, judicare oporteat, si de ea sit inter litigatores controversia. Videndum, quid in hac actione in judicium deducenda agatur. Et ut in personis ad judicium pertinentibus hoc quæritur, ut sint idoneæ, quo invito adversario ad id quod agunt, pro conditione personæ recte consistant: sic in actione in judicium deducenda, hoc quæri intelligendum est, ut sic instituatur, quo consistat judicio, sitque ea petitio, qua de jure nostro id obtinere possimus quod volumus. Id ut consequamur, in his quatuor tanquam certis omnis actionis caussis maxime positum est. Primum est, ut ei qui agit, competat, ei (1) detur, ejus sit actio: tot enim verbis juris auctores in eadem re utuntur, quod inter innumeros locos, qui legenti passim occurrent, licet ex his paucis cognoscere. L. 1. §. *hæc in factum*, L. 5. §. *hæc autem*, *D. de his qui dejec. vel effud.* §. 1. *Instit. de perpet. et tem. act.* §. *item per.* in formula Aquilianæ stipulationis. *Instit. quib. mod. tol. oblig.* Alterum, ut adversus quem

(1) Etsi enim vulgo DD. actiones in nativas, et dativas distinguant: illas vocantes, quæ ex regulis juris communis habentur, ex materia aliqua præexistente, puta contractu, etc. ortæ *L.* 32. §. 2 *de procur.* Has, quæ a lege, vel prætore immediate ex æquitate, præter juris regulas, et sine præexistente materia, præmisso tamen aliquo facto, unde æquum visum actionem concedi, vide Zas. 2. *Sing. Respon.* 5. Padilla *in L. naturalis* 5. §. *at cum d.* 2. *de præs. verb* n. 10. *et seq.* Hieron. de Monte *Tr. Fin. reg. C.* 38. *n.* 15. *et seq.* Cujus effectum tradunt, quod dativæ ad heredes non transeant, Padilla *d. lo. n.* 11 quod reprobat Covar. *in C. possessor. de R. I. in* 6. *P.* 3. §. 1. *n.* 4. Recte tamen Forcat. *Dial.* 97. differentiam hanc ipsam dativam esse, id est non ex jure, sed interpretum commentis profectam. Cum quævis actiones modo pari dicantur *L.* 1. *commod. L.* 1. *de se. corr. L.* 1. *de vi arm.* modo nasci *L.* 7. §. 2. *de pact.* 15. *de præs. verb.* Forcat. *d. lo.* et Turamin. *Epist. Academ.* 10. Cels. Burgal. *Lib.* 5. *de dolo C.* 7. *n.* 68. Gifan. *in* §. 1. *I. de act.* Fortun. Garcia *in L.* 7. §. *et ideo* (*est* vers. §. *secund.*) *de part. n.* 41. *et seqq.* Et male hoc discrimen inferunt ex *d. L.* 7. §. 2. Nam et actio præscriptis verbis, alibi passim dari dicitur. Et actio in factum, utique ex præcedenti caussa, et obbligatione. Sic et peculium nasci dicitur, cum servo tribuitur; mori, cum adimitur *L.* 40. *de pec. et q.*

agitur, adversus quem competat, detur, sit actio: quæ formulæ loquendi iisdem locis indicantur: et quod idem est, ut is cum quo agitur, teneatur ea actione, quomodo et juris auctores idem exprimunt. *L. quidam*, *L. qui injuriarum*, *D. de pecu. const.* Tertium, ut sit actio de re ejus actionis propria; seu de re quæ in eam actionem venire a juris auctoribus dicitur. *L. item videndum*, *§. ult. L. et non tantum*, in pr. *§. pen. D. de pet. her.* Quartum, ut sit petitio ejus quod de re petita velimus nobis præstari: puta ut res exhibeatur, restituatur, pecunia solvatur, et quæ sunt similes præstationes. Itaque quatuor sunt in summa hi loci, qui omni agenti ad recte instituendam actionem propositi esse debent, in quibus ipsis omnis recta actionis institutio continetur; quos eosdem licet animadvertere in omni diligentiori actionis tractatione a nostris auctoribus esse observatos; Cui actio competat, Adversus quem, Qua de re, Cujus rei gratia, seu Cujus præstationis de ea re obtinendæ caussa. Nec mirum, si in his quatuor rectam institutionem actionis omnis positam esse dicimus. Continent enim, ut supra attigi, caussas actionis jure proditas: quibus positis et ipsam actionem tanquam ex caussis effectum sequi necesse est: caussam dico efficientem actionis; materiam; finem. Caussa efficiens est in personis ejus cum quo agitur. Nam ei et adversus eum competit actio, in quibus est caussa efficiens actionis, qua fiat videlicet, ut et illi proposita sit jure, et proposita adversus istum. Materia est in rebus, de quibus actio est constituta Finis est in præstatione obtinenda, quæ de his rebus expetitur. Neque vero plures res ad recte et jure agendum necessariæ. Nam quod interdum quæritur, qua ex caussa nascatur, et competat actio, quando competat, et quandiu, omnia sunt hujus unius loci, Cui actio competat. Ei enim, ut dixi, competit, cui ex caussa jure prodita competit: et competit tunc cum conditio lege adjecta extiterit: et competit tandiu donec sit unita. Sed et quod quæritur sæpe de effectu actionis, ad finem ipsius actionis pertinet. Nam et ex fine effectus est: et ex effectu finis eo relatus intelligitur. De nomine actionis proponendo tanquam de forma actionis ambigitur: numquid et hoc ad recte instituendam actionem pertineat. Quod cum potissimum spectet ad actiones in personam, de eo in ea parte nonnihil attingemus.

II. De his quatuor locis non una ratio et præceptio est in omnibus actionibus. Omnia ita sunt, ut est genus actionis. Neque enim in rem actio eidem competit, cui actio in personam; non adversus eosdem; non de iisdem rebus; ac nec de iisdem rebus eædem sunt præstationes. Eademque prope varietas est in singulis speciebus horum generum. Quapropter hic primum nobis genera actionum constituenda sunt, sic deinde singula ad hos locos tanquam ad suas caussas exigenda. De generibus actionum sic habendum. Si omnis actio constituta est juris nostri persequendi caussa, ut esse constitutam superior definitio declarat, necesse est prout est jus nostrum de rebus, ita esse et actiones. Atque hinc etiam genera actionum expressa sunt jure civili, et ad uniuscujusque rei nostræ persecutionem accommodata. Quod et Cicero sentiens pro Q. Rab. ita scribit; *sunt jura sunt formulæ de omnibus rebus constitutæ, ne quis aut in genere injuriæ, cum ratione actionis errare possit.* Hinc ergo et genera ipsa nobis ducuntur.

III. Omne quod nostrum est, sive idest, quod proprie nostrum et potestatis nostræ esse dicimus, sive id quod nobis debetur, hanc varietatem summam jure civili habere reperietur, ut aut ipso jure et communi nostrum sit, aut ipso jure amissum, salvum habeamus auxilio extraordinario prætoris. Tum hoc ita esse juris publici forma de in integrum restitutionibus satis declarat, tum vero hæc ipsa distinctio juris nostri pene totidem verbis ab Ulpiano posita est in *L. in caussæ*, 2. *D. de minor.* Ipso jure nostrum dicimus, quod solo jure civili et communi nostrum est, neque ad eam rem desiderat ullam operam aut auxilium magistratus. Cujus generis est id omne quod nobis recte ab initio quæsitum aut ab initio recte deberi cœptum, perseverat: necdum amissum est. Quod autem ipso jure amissum, salvum habemus extraordinario auxilio magistratus, est id, quod prius amissum consequimur per in integrum restitutionem: quod et ipsum de utroque genere indicatur in *d. L. in caussæ*. Neque vero in hac divisione quidquam facimus adversus illas species duas, in quas id quod nostrum est, ab initio divisimus, ut diceremus omne aut esse id quod proprie nostrum est, seu juris nostri aut id quod nobis debetur. Nam et quod de jure nostro vetere consequimur per in integrum restitutionem, æque ut ante aut proprie nostrum est, aut nobis debetur. Ut enim traditur in *L. nemo*, *D. de in integr.*

*rest.* nemo videtur re sua exclusus, quem prætor in integrum se restituturum pollicetur. Solum persequendi forma interest. Hinc ergo, inquam: ducatur nobis summa actionum divisio, ut eorum quædam juris integri nostri recta persequendi, quædam jure amissi recuperandi obliquæ actiones. Recta, et juris nostri integri actio est, qua id quod ipso jure nostrum est, aut nobis debetur, ut jure communi, ita et recta petimus, nulla ad actionem habendam adhibita opera aut facto magistratus. Obliqua et rei nostræ jure amissæ recuperandæ actio est, quæ ad jus suum vetus tum obtinendum, tum persequendum desiderat præcedentem magistratus in integrum restitutionem. Quam ideo obliquam actionem recte nominemus. Re enim vera persequens illud suum, quod prius ipso jure fuerat, ad eam rem progreditur obliqua petitione et via. Petit enim recta in integrum restitutionem a prætore: verumtamen huc spectans, ut per hanc jus suum illud restitutum consequatur. Aut in integrum restitutio actio non est, nec judicio quidquam persequitur quod sibi debeatur, aut debuit omnino in numero actionum hoc loco collocari. Actionem esse ante ostendimus. Sic nominatur in *L. non solum*, §. *est et casus*, *D. de proc. et L. in caussæ*, 2. in prin. *D. de minor.* Inde et huic verbo subiicitur in *L.* 1. §. *idem Pomponius refert*, *D. de dol.* Congruit præterea et definitio actionis. Nam restitutio in integrum est et ipsa jus persequendi judicio quod nobis per hanc præstari debet. Quod si est actio, non alius illi locus in hoc genere attribui potuit, quam in superiore divisione in qua et genus alterum summum constitueret. Positis enim ab una parte actionibus iis quæ jus nostrum integrum jure communi recta persequerentur, non aliud fuit genus, quod his ex adverso responderet, quam id quod jus amissum contrario modo persequitur; in quo in integrum restitutionem ponimus.

IV. Non adversatur huic divisioni, quod nostri actionum duo genera faciunt, in rem et in personam: *L. actionum*, *D. de obl. et act.* eamque (2) divisionem actionum summam statuunt, idest, primam, quomodo de hac divisione loquitur Justinianus in §. 1. *Instit. de act.* Intelligendum est enim hoc ab illis dictum esse de actionibus communibus et usitatis, quæ jure competunt sine alio præcedente extraordinario auxilio prætoris: quæ in usu juris solæ propriæ actiones appellantur. Argumento est, quod constat illos ab actionibus procul removisse restitutiones in integrum, tanquam ad aliud jus, aliudve genus pertinentes, apparetque ex distinctione titulorum; *De in integrum restitutionibus*, *et De obligationibus et actionibus*, tanto intervallo inter se disiunctorum, et tanquam ad diversas res relictorum cum in Pandectis, tum in Codice. Licet et ex eo intelligere præcipue, quod cum in titulo Institutionum de actionibus de eo genere toto ex professo agatur, in quo et Justinianus diligenter omnia actionum genera sit persecutus, nulla tamen ne tenuis quidem mentio fiat restitutionum in integrum. Quod certe futurum non erat, si qua parte ille ad superiorem illam divisionem actionum, quam dicit summam, putasset in integrum restitutiones pertinere. Nunc autem nobis propositum est omnes actiones, quibus quoquo modo judicio agitur, complecti. Quo in genere cum sint, ut ostendi, in integrum restitutiones, necesse habuimus et illis in hoc numero locum dare, et cum alius locus non esset, a superiore divisione ordiri.

V. Rectæ actionis, et ejus quæ jure communi ad petendum utens non desiderat ad eam rem præcedentem restitutionem in integrum, propria est sequens illa divisio, quam recte Justinianus in hoc genere summam dixit, ut omnis aut in rem sit, aut in personam. *d.* §. 1, *Inst. de act. d. L. actionum. D. de obl. et act.* Quæ et ipsa divisio ex

(2) Atqui est earum, quæ in *præced. pr. l. h. t.* definitæ. Quare si definitio in integrum restitutioni congruit, ut noster vult *C. præced. n.* 11. *sub. fin.* divisio quoque sit definitioni conformis, maxime cum *summa* id est dignitate, gradu, et ordine prima ut Don. *ad d.* §. 1. *n.* 5. omnium actionum dicatur, eadem contineat, oportet. Magis itaque videtur, quo modo, scilicet largo actiones sunt postulationes, in integrum restitutiones, eodem modo esse actionum in personam species. Val. Guil. Forst. *Tract. Justin. P.* 2. *Disp.* 7. *in continuat.* Ant. Fab. 20. *Conject.* 10. *sub fin.* (quia cum dentur ad distrahendum negocium jure contractum, sicuti actio ex contractu mere personalis est, ita et quæ ad illum per in integrum restitutionem rescindendum. Ubi reprobat eos, qui mixtis actionibus accensent, quod duplicem caussam habeat, et rescindentis judicii, qua ex parte personalis, et rescissorii, ex qua realis sit.) Nam et his, vel personam, vel rem locum facere necesse est etc.

eo quod jure communi nostrum est nata est, et ad ejus ipsius juris persecutionem accommodata. Nam, ut initio tradidimus, omne quod generaliter nostrum dicimus, aut vere nostrum est, aut nobis debetur. Atque hinc, inquam, illa divisio, distractionem rerum, in persequendo secuta. Nam actio in rem est, qua rem nostram persequimur, petimusque ab eo qui possidet. Actio autem in personam est, qua quod nobis debetur petimus ab eo qui eo nomine nobis obligatus est: definitiones iisdem locis traditæ, *d. L. actionum*, *de obl. et act.* §. 1. *Inst. de act.* Ac de distinctione harum actionum quam recte statuatur, dubitari non potest, cum longe aliæ atque aliæ res petantur his actionibus. De nominibus superioribus potest dubitari. Cur enim actio qua rem nostram petimus, dicitur in rem potius quam altera, quæ dicitur in personam, cum sit et ipsa in personam possessoris? non enim in rem actio aliter esse dicitur, quam adversus possessorem. *d. L. actionum*, *D. de oblig. et act.* Deinde quid est in rem, nisi adversus rem, sicut in personam dicitur, quæ est adversus personam? Atqui scimus nullam nobis actionem aut judicium esse posse cum re inanimata, sed solum cum persona: cum qua de re petita judicio agimus et contendimus. Quæ ergo ista verborum ratio est, et quam conveniens ad superiora genera exprimenda? Et significatio verborum ea est, quam verba ipsa præ se ferunt. Actio enim in rem dicitur, quæ vere adversus rem est, et eam (3) solam, quia scilicet hanc sequitur, apud quemcunque possessorem reperiatur, non autem ullam personam certam, quasi obligati, etiam in qua hæc actio a principio constiterit, ut est in *L. 2. C. si unus ex plur. her. cred.* finge namque possidere rem nostram bona fide pro sua. Tenebitur nobis hac actione quandiu possidet, quia res nostra apud eum est, et actio hanc rem sequitur. Quod si is desierit sine dolo possidere, non jam amplius nobis tenebitur, sed ut res, sic actio mutabit personam ejus cum quo agitur, transibitque adversus novum rei possessorem. Esto, dicat aliquis rem sequatur hæc actio. At quam recte in rem, idest, ut interpretamur, adversus rem esse dicitur ea, quam et ipsam esse constat solum adversus personam possessoris. Recte dicitur. Est enim primo et principaliter adversus rem nostram, ut eam nostro jure nobis vindicemus, sumamus, usurpemus. Per consequentiam autem adversus possessorem, qui eam rem tenens nobis de jure nostro facit controversiam, et quominus rem pro nostra usurpemus, impedit. Principaliter igitur et vere adversus rem: propter rem autem adversus ejus rei possessorem, quod vere est rem sequi. Ac ne dubitemus jure dicere nos, hanc actionem esse adversus rem, quæ hic petitur, hoc ipsum expressum legimus in *L. imperatores, D. de public.* sic enim verba sunt: *Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt, in vectigalibus ipsa prædia, non personas conveniri.* Prædia conveniri, et agi adversus ipsa prædia, nemo ignorat idem valere. Atque hoc dicitur de actione pignoris, quæ in rem est, qua prædia ob vectigal obligata Reipublicæ tenentur. *L. 1. C. in quib. caus. pign. tac. contrah.* Actio autem in personam recte dicitur ea, quæ est adversus personam (4) solam, solam hanc sequitur, omissa omni quæstione de re pe-

(3) Ita et Don. noster *ad* §. 1 *l. h. t. n.* 11. Etsi cum re inanimata nullum judicium esse possit, unde natura possessorem conveniri oportet, et adversus possessorem dicitur: Juris tamen interpretatione, cum re agi, eaque in possessoris persona conveniri intelligitur quæ huic conventioni caussam dedit. Persona sane necessaria, contra quam exerceatur, sed id accidit per consequentiam rei possessæ, *ibid. n.* 10. voculam *in* non posse hic accipi, pro, *ad*, velut actio in rem scripta, pactio in rem. Nam et personalis actio ad rem consequendam datur. Nec pro *juxta*, ut actio in factum, quia et hoc utriusque actionis commune: Ergo necesse est, ut *adversus* significet. Convenit A. Fab. 20. *Conject.* 9. rem ipsam, hic ream esse et conveniri, in eamque dirigi actionem scribens; exerceri vero contra possessorem, qui ob hanc rationem formalem tenetur, quia possidet. Hinc eadem actio in rem, diversis temporibus, contra diversos exerceri potest, quod in personalibus nunquam accidit. Possessor tamen sit, adversarius, quia hunc facit non conventio, sed contradictio. Denique rem, non personam conveniri dicitur *L.* 19. *de jure fisci* Ac principaliter hic rem spectari probat Vult. §. 1. *l. h. t. n.* 50. *et seq.* ex formulis veteribus. In personalibus enim nomen adscriptum: Ajo te mihi dare, facere, oportere. Hæ vero sine personæ ullius notatione conceptæ: Fundum in agro Sabino meum esse ajo etc. Hot. *in d.* §. 1. diss. aliter verba *in rem.* exponenda quasi dicat *generaliter* et *in persona* quasi dicat *nominatim*, Gifau. *ad L.* 25. *de O. et A. n.* 10.

(4) Et, uti obligatio personæ cohæret, ubi et apud quemcunque sit res, quæ debetur. Vult. 1. *Discept.* 4. vel ut alex ossibus obligati inhæret nec personam egreditur, Gomez. in *pr. l. h. t. n.* 3 Immo ut Dyn. *n.* 3 *et* 4. ex utraque parte cohæret personæ, cum realis

tita, a quo ea habeatur, possideatur. Quod plane in ea actione sola accidit, quia cum eo agimus qui nobis obligatus est, petimusque quid ab eo, quod nobis debetur. Finge enim mihi ab aliquo deberi fundum venditum actione ex empto, quæ ut est ex obligatione, ita est in personam. Sic ille mihi tenetur hac actione, ut teneatur, quanvis eum fundum de quo agitur non possideat; et prætcrea ita teneatur solus, ut si quis alius eum fundum possidebit, non ideo is tamen teneatur quia non est obligatus: hæc autem actio non in rem debitam est, sed solum adversus personam obligati.

VI. Ne quid autem nos fallat in appellationibus horum generum, monemur non tantum eorum generum istas esse appellationes ut aut in rem dicantur, aut in personam, sed et singula genera notata esse a veteribus propriis nominibus: quod moneri eo spectat ut cum nomina in jure occurrent, discamus ex his res nominibus notatas deprehendere. Dicuntur ergo in usu juris actiones in rem vindicationes, actiones autem in personam condictiones. *L. actionum, D. de oblig. et act.* §. *appellamus, Inst. de act.* quorum verborum origo et ratio pluribus a me exposita est ad eum §. *appellamus.*

VII. Sed et de his generibus interdum proprie et specialiter hæc nomina usurpari solent, actio, petitio, persecutio, ut actio quidem in personam dicatur uno verbo actio, actio in rem petitio: persecutionis autem verbo aut significatur pariter utraque aut maxime extraordinaria persecutio. *L. actio, D. de oblig. et act. L. pecuniæ,* §. *actionis, D. de verb. signific.* De quo usu et superiore quoque capite nonnihil attingere necesse habuimus, cum quæreremus an actio in rem quæ definitione actionis continetur, videretur etiam definiti, idest, actionis verbo contineri: quod quidem ista significatione fieri non posse certum est. Ex hoc usu est, quod retro tria hæc simul juncta legimus; veluti, si qua est mihi tecum actio, petitio, persecutio, ut in formula Aquilianæ stipulationis, quæ extat in §. *item, Instit. quibus modis toll. oblig.* item si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus, ut in *L. bonorum D. de verb. signi.* quæ sane si otiose, idest, inepte non junguntur, necesse est his verbis res diversas significari. Atque illæ sunt videlicet quas dixi. Ex eodem usu illæ inscriptiones horum titulorum *D. Si ager vectigalis vel emphyteuticarius petatur: et, Si ususfructus petatur, vel ad alium pertinere negetur.* Nam priore hoc significatur, quod declaratur in *L.* 1. *eod. tit.* si ager vectigalis petatur, actionem in rem, hanc competere. Posteriore id, quod de servitutibus prædiorum alio titulo expressum est aliis quidem verbis, attamen idem significantibus; Si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur. Denique utroque titulo constat significari agi illic de actione confessoria, et negatoria: quarum utraque tam de usufructu, quam de servitutibus prædiorum in rem est. *L.* 2. *D. si ser. vind.* §. *æque, Inst. de act.* Sed quod hoc loco præcipue monendum fuit, distinguuntur posteriora ista tria ad eum modum quem dixi, non utique proprietate et significatione verborum, sed magis nonnullæ commoditatis caussa, quæ in rebus harum appellationum tradendis inesse visa est. Commodius est enim res plures pluribus verbis notari, quo magis intelligantur. Id quod factum esse constat in verbis injusti, rupti, et irriti testamenti: quæ cum omnia idem vi ipsa significent, distincta sunt tamen a veteribus ad diversa testamenti vitia significanda ob eam solam caussam quam dixi: ut testatur Justinianus in §. *alia. Inst. quibus modis testam. infir.* Eamdem, inquam, commoditatem docendi et in superiore distione actionis, petitionis, persecutionis secutos esse veteres sciamus. Nam quod ad rem et propriam significationem horum verborum attinet, omnia unum et idem declarant: actionem illam scilicet omnem, qua judicio agitur. Nulla est enim omnino hujus generis, qua non ut agimus de eo quod nobis debetur, ita idipsum quod debetur, nobis præstari petamus. Quinimo hoc ipsum agere judicio, nihil aliud est, quam judicio quid petere: et petere quid nihil aliud, quam judicio de ea re agere. *L. amplius, D. rem rat. hab.* Unde petitiones et actiones pro eodem prope continentur usurpatæ in *L. extat, D. quod metus cau.* Sed et hoc ipsum agere, et petere quid judicio ut consequamur, quid aliud est, quam id ipsum judicio (5) persequi? Et vero sic actio definitur, ut sit jus

ex neutra. Licet itaque occasione rei, vel ad rem detur, principaliter tamen personam ejusque obligationem spectat, Vult. in §. 1. *J. h. t. n.* 3.

(5) Diss. quodammodo Gœd. in *L.* 3§. *de V. S. n.* 2. *et* 3. sentiens persecutionem esse genus actionis, atque ideo latius patere: ac restitutionem in integrum, bonorum possessionis, petitionem, delictorum privatorum accusationem, itemque extraordinarias persecutiones actiones non esse, etsi verbo actionis, quandoque contineantur, ex rationis identitate, *ibid. n.* 5. Sed recte A. Fab. 20. *Conject.* 10. persecutiones omnes, vel in per-

judicio persequendi. Est ergo actio hæc ipsa persecutio, sive jus utroque verbo, sive factum demonstrari volumus. Sed, ut dixi, in his distinguendis commoditas dicendi spectata est. Quæ si proprietate verborum servata nihilominus retinetur, recte fit, si ex hac ipsa proprietate his verbis potius generaliter utamur.

VIII. Nunc redeo ad divisionem, de qua observandum est dici eam divisionem omnium actionum in *d.* §. 1. *Instit. de act.* ut intelligamus nullas esse actiones, nullas persecutiones juris nostri in judicio, quæ modo sint juris communis, et juris nostri integri, quæ non sint aut in rem, aut in personam; vindicationes aut condictiones: id est, ejusmodi quibus aut persequamur rem nostram vel quasi nostram, aut id quod cum alienum sit, nobis debeatur tamen. Et ita res habet: neque hic excipiemus persecutiones, quæ verbis et tractatione juris auctorum interdum longius recedere videntur ab actionibus, qualia sunt, præjudicia, interdicta, stipulationes prætoriæ, extraordinariæ persecutiones, extraordinariæ cognitiones, quæ genera nominantur his locis, *L. actiones, D. de oblig. et act. L. pecuniæ*, §. *actiones, D. de verbor. significat. tit. de extraord. cognit. D.* Nam præjudicia sunt, quæ dicuntur actiones præjudiciales: atque hæ sunt in rem. §. *præjudiciales, Instit. de act.* Interdicta autem, stipulationum prætoriarum postulatio, extraordinariæ tum persecutiones tum cognitiones, omnes sunt actiones in personam, ut deinceps in explicatione horum generum suo loco patebit.

IX. Habent et hæc ipsa genera multo alia plura sibi subiecta; de quibus sequitur, ut cognoscamus. Ac de actionibus in personam dicemus postea suo ordine. Prius, ut ordo divisionis superioris postulat, de actionibus in rem dicamus. Primum quæ ista harum actionum genera sint: deinde in singulis, ut est propositum, qualia sint ea, quæ in unaquaque actione recte instituenda spectanda esse diximus. Actiones ergo in rem et ipsæ, ut res sunt de quibus in rem agitur, ita pro conditione earum distinguuntur: atque hinc earum genera. Sunt, ut definivimus, actiones in rem, quibus rem nostram petimus. Rerum nostrarum quædam sunt vere nostræ, quædam quasi nostræ, et magis ad jus nostrum pertinentes, quam nostræ. Et de utroque genere harum rerum sunt in rem distinctæ actiones: de rebus quidem vere nostris fere constitutæ jure civili: de rebus autem quasi nostris aut ad jus nostrum pertinentibus, solum constitutæ jure prætorio: ut priores liceat appellare civiles, posteriores prætorias, (6) §. *sed istæ, Inst. de actionib.*

X. Quæ res vere nostræ sunt, earum quædam sunt extra personam positæ, ut quæ in bonis habentur; quædam positæ in statu personæ, ut libertas, servitus, jus patronatus, ingenuitas, agnatio, et si quæ sunt similia jura, quæ nobis interdum aut in nobis ipsis aut in aliis vindicamus. Et de his rursum genera actionum in rem proposita duo: ut de rebus vere nostris quædam sunt actiones in rem de rebus externis, quædam de statu: genera ut rebus distincta, ita et dissimili admodum genere persecutionis. Nam quæ hic actiones sunt de rebus extra personam positis hæ unam hanc communem persecutionem habent, ut res nostræ petitæ nobis restituantur, aut si ad exhibendum agitur, ut exhibeantur. Quæ autem sunt de statu personæ, hæ proprie non ullius restitutionis de statis controverso inferendæ gratia comparatæ sunt, sed solum præjudicii ad ea jura quæ inde sequuntur, in posterum obtinendi caussa, si forte de his incidet controversia. Unde et actiones nomen habent: dicuntur enim præjudiciales, de quibus in §. *præjudiciales de Institut. act.* et uno verbo præjudicia. *L.* 1. §. 1. *D de rei vindicat. L. actiones, D. de obligat. et actionib.* Rursum quæ res vere nostræ extra personam sunt, in hac varietate habentur, unde et actionum distinctæ species; ut quædam sint universitas, quædam singulæ: et singulæ partim corporales, partim incorporales. Universitas est hereditas. Res singulæ corporales, ut prædia, et res mobiles. Incorporales, ut servitutes tam personarum, quam prædiorum. Et hæ res sunt, de quibus solis ex rebus nostris sunt actiones in rem constitutæ, nec constitutæ solum, sed et pro varia conditione istarum rerum distinctæ. De hereditate petitio hereditatis, et querela inofficiosi testamenti. De rebus singulis corporalibus ea, quæ dicitur rei vindicatio De servitutibus actiones, quæ communi nomine utentes dicuntur petitiones, vindicationes servitutum. Ac de tribus prioribus hi sunt tituli continenter D. et C. *De inofficioso testamento*; *De hereditatis pe-*

sonam esse, vel in rem actiones *d. L.* 28. *h. t.* nec constituere separatam speciem etsi quantum ad formam cognitionis quidpiam peculiare habeant.

(6) De hac divisione, vid. *infra Lib.* 21. *Cap.* 2. *initio.*

*titione; De rei vindicatione. De servitutibus.* hi in Pandectis. *Si ususfructus petatur; Si servitus vindicetur.*

XI. Sunt, ut dixi, etiam res quædam quasi nostræ, quæ cum vere nostræ non sint in his tamen tantum juris habemus, ut jure prætorio propemodum habeantur pro nostris: certe habeantur hactenus, ut de his non minus sint nobis, quam de rebus nostris actiones in rem constitutæ. Hæ in hoc genere in eadem varietate reperiuntur, in qua sunt superiores, quæ extra personam vere nostræ sunt. Nam et hic reperitur hereditas quasi nostra, reperiuntur et res singulæ. Hereditas quarundam personarum propria non est: quibus tamen ita tribuitur, quasi illorum esset. Hi duo sunt: bonorum possessores, et fideicommissarii, quibus ex fideicommisso restituta est hereditas. Bonorum possessores, quos solus prætor ad bonorum possessionem vocat, non sunt heredes, sed ita dat eis prætor bonorum possessionem, ut constituantur pro heredibus. §. *quos autem, Instit. de bonorum possess.* Fideicommissarii quoque ne restituta quidem hereditate accepta heredes sunt. §. *restituta, Instit. de fid. hered.* Senatusconsulto tamen Trebelliano pro heredibus habentur, translatis ad eos et in eos actionibus hereditariis. *L. 1. D. ad Trebell.* §. *sed quia stipulationes. Inst. de fid. her.* Hinc et istis personis in hoc genere proditæ a prætore actiones in rem de ipsa hereditate: et quidem utrisque petitio hereditatis, sed cum adiuncto singulis convenienti: bonorum quidem possessoribus ea quæ dicitur possessoria hereditatis petitio: commissariis autem, ea, quæ dicitur fideicommissaria hereditatis petitio: De quibus Tituli D. in hæc ipsa verba: *De possessoria hereditatis petitione: et De fideicommissaria hereditatis petitione.* Res singulæ, quæ cum nostræ non sint, tamen de his quasi nostris propositæ sunt jure prætorio in rem actiones, genera sunt quatuor: fundus emphyteuticus, ædes superficiariæ; res a nobis bona fide possessa; res nobis pignori hypothecæve obligata. Hinc totidem actiones eodem illo jure de rebus singulis quasi nostris: de fundo emphyteuticario petitio, de qua *titu. D. si ager vectigalis vel emphyteutic. pet.* De ædibus superficiariis actio in rem superficiaria: de qua titulus inter interdicta *D. superficiebus*: De re bona fide possessa, actio in rem quæ ab auctore appellatur Publiciana: de qua titulus D. *de Publicia. in rem actio.* de qua eadem in §. *namque, Inst. de action.* De re pignori obligata, actio in rem quæ ex re dicitur hypothecaria: ab auctore Serviana et quasi Serviana. De qua in §. *item Serviana, Instit. de actionib.* Et harum omnium (quæ quidem sint de rebus mobilibus) recte præparandarum caussa una actio subsidio comparata est, actio ad exhibendum, quam et ipsam ego in rem esse puto.

XII. Atque hæ actionum in rem genera sunt, hæ generum species: neque plures occurrunt. Quid ergo in his generibus quærimus? nihil amplius, quam ut ad usum nostrum illa norimus in singulis, quæ ante in unaquaque actione instituenda consideranda esse diximus, Cui competant, Adversus quos, Qua de re, Cujus rei caussa: quibus scilicet cognitis, fiat ut sciamus his actionibus recte uti cum opus est, tum cavere, ne secus agendo, quam superiora ferunt, inutiliter et sæpe cum damno nostro experiamur.

XIII. Hoc igitur jam agamus. In quibus cognoscendis ne dum singulas actiones anxie persequimur, quæ sunt numero tam multæ, nobis sumatur longus et non necessarius labor, operæ pretium est in illis primis quatuor, quæ sunt de rebus vere nostris paulo diligentius cognoscendis versari: illas dico, De inofficioso, De hereditatis petitione, De rei vindicatione, De petitione servitutum, non solum propter earum utilitatem et quia in rebus hominum atque in judiciis magnum et quotidianum usum habent; sed etiam quia, his cognitis, cæteras in rem actiones in his velut exemplis propemodum expositas habebimus. Nam adversus quem detur actio, et cujus rei caussa, loci sunt communes unum atque idem in omni actione in rem fere continentes; qui quid de his juris sit in petitione hereditatis et rei vindicatione noverit, idem et de his in reliquis generibus noverit. Cur autem detur actio in rem et qua de re, loci sunt in cæteris actionibus hujusmodi, qui cum ad jus agentis referantur, magna ex parte expositi sunt in iis quæ ante de jure nostro diximus. Sed et petitione singularum servitutum ante diximus in servitutibus: dum ita statuimus scilicet, nec sine hac servitutum naturam, nec sine servitutum præsenti cognitione actionem de his satis cognosci posse. Ita nobis restabunt tres illæ omnino, de quibus ad reliquarum informationem diligentius, et jam statim ab initio cognoscamus: De inofficioso testamento, De hereditatis petitione, De rei vindicatione. In quibus et titulos ipsos de his propositos exponemus.

## C A P. III.

**De inofficioso testamento: seu De querela inofficiosi testamenti: vel quod idem valet. De petitione hereditatis ex caussa inofficiosi testamenti.**

*Cur inofficiosi querela tractatione separetur a petitione hereditatis, et sit ordine prior.* I.
*Querela inofficiosi quid sit.* II.
*Definitio per partes exponitur: et multiplex appellatio querelæ indicatur.* III. IV. V. VI.
*Inofficiosi querelam esse petitionem hereditatis ostenditur, cum ex pluribus juris locis:* III.
*Tum vero ab absurdo.* X.
*Contrariis occurritur.* VII. VIII. IX.

I. Ut ergo a petitione hereditatis ordiamur, quæ in primo genere rerum vere nostrarum prima occurrit; ne hic statim ab ab initio ad unam et eam communem hereditatis petitionem orationem conferamus, sciendum est non unam esse hanc petitionem de qua uno et eodem titulo jus traditum sit: puta eam, de qua titulus est *D. et C. de hered. petit.* Ea petitio duplex est: una generalis, specialis altera, cui quidem separatum tractatum in hoc genere veteres dederint. Generalis est communis illa ad omnem caussam pertinens, ex qua hereditas petitur sive ex testamento, sive ab intestato: de qua ille titulus, quem modo dixi, de hereditatis petitione. Idque et hoc genere ita declaratur in *L.* 1. 2. 3. *D. eod.* Specialis est petitio hereditatis ex caussa inofficiosi testamenti: uno verbo querela, seu accusatio inofficiosi testamenti. Nam et hanc nihil nisi hereditatis petitionem esse paulo post in definitione planum fiet. Hinc de his generibus actionum distincti tituli D. et C. et tamen iidem inter se coniuncti, *De inofficioso testamento, et De hereditatis petitione.* Quia res diversas continebant, distincti: quia pertinebant ad unam hereditatis petitionem, coniuncti. At enim, dicet aliquis, si querela inofficiosi testamenti est petitio hereditatis ex caussa inofficiosi, cur non refertur hæc ipsa caussa ad generalem petitionem hereditatis, ut constat referri cæteras caussas omnes ex quibus hereditas petitur tum ex testamento tum ab intestato? *d. L. prima, secunda, tertia, de hered. pet.* Hoc ideo, quia petitio hereditatis ex caussa inofficiosi testamenti præcedentem habet querelam inofficiosi; cujus multa sunt (1) propria et velut singularia, nihil pertinentia ad reliquas hereditatis petitiones, quacunque ex caussa instituantur: ut proinde de his separatim tractari et cognosci oportuerit. Sed ut demus querelam inofficiosi tanquam singularem speciem recte sejunctam a genere; quid est, quod præponitur huius tractatio petitioni hereditatis? præcedit enim et D. et C. titulus de inofficioso; sequitur titulus de hereditatis petitione: quod quidem ut videtur, contra factum oportuit, si modo querela, ut volumus, est istius petitionis species. Nam prima cognitio est generis, secunda speciei: cum prius genus statui oporteat, quod deinde in suas species diducatur. Declarant omnes divisiones rerum jure traditæ: sed maxime actionum, de quibus sub *titu. Inst. de actionib.* Cur ergo, inquam, hic aliter? Qua hic non de petitione hereditatis dividenda, sed de instituenda et exercenda agitur. In omni autem non solum actione, sed etiam re instituenda hoc ita est, ut si quod est impedimentum quod instituenti obstet, quominus ad eam rem perveniatur, prima cura esse debeat ut amoveatur impedimentum, proinde et de eo prius quæratur, sic deinde impedimento amoto perveniatur ad actionem aut rem quam petimus. Accidit hoc impedimentum petitioni hereditatis quantumvis generali, quoties ex caussa inofficiosi testamenti agitur. Obstat enim agenti testamentum, quod inofficiosum licet, jure tamen consistit, nisi infirmetur. Ideo quæstionem de petitione hereditatis præcedit necessario querela inofficiosi, quo testamentum rescindatur, atque hoc rescisso tum demum certo sibi constet petitio. Quod ut in hac actione ita fieri debere intelligeremus, idcirco præpositus est titulus de inofficioso, cuius collocatio ita faciendum esse nos admoneret.

II. Hæc de distinctione atque ordine horum generum initio moneri oportuit, non solum ut intelligeretur cur de inofficioso

(1) Et hanc esse stricti juris, licet alia petitio hereditatis bonæ fidei sit, vult Wesenb. *ad Rub. C. h. t. n.* 12.

testamento ageretur hoc loco, ubi de petitione hereditatis quærimus; sed etiam ut de his rebus, ita distinctis titulis et isto ordine collocatis, constare nobis posset in his tractandis et distinctionis et collocationis ratio. Nunc de utroque genere separatim dicemus; ac de querela primum, ut est distinctio et ordo titulorum juris de his generibus. Et quoniam de querela inofficiosi testamenti ambigitur quidnam sit; interpretibus maxima ex parte ita statuentibus, querelam inofficiosi non esse petitionem hereditatis, sed distincta hic esse judicia duo; ante constituendum est, quid sit querela inofficiosi testamenti: et quoniam actio est, quia judicio agitur de inofficioso, quodnam sit hic genus actionis. Et si breviter dicendum est, quod et quibusdam in locis a juris auctoribus usurpatum video; querela inofficiosi testamenti nihil aliud est, quam petitio hereditatis ex caussa inofficiosi testamenti. Quod si hoc ipsum ex caussa inofficiosi, placet explicare latius, ut fiat caussa et res tota planior: sic, puto, dilucide nec incommode definiemus; ut Querela inofficiosi testamenti sit petitio hereditatis tanquam ab intestato delatæ, adversus scriptos testamento heredes constituta, hanc caussam habens quod adversus eum qui agit, dicatur testamentum esse inofficiosum: quam ob caussam et tale esse queritur, qui ut tale accusat et ne sibi obstet, ut tale rescindi ac summoveri postulat. Definitionis partes singulas cognoscamus; sic natura ejus dilucide erit exsposita.

III. Principio hoc sic habeatur, querelam inofficiosi esse petitionem hereditatis. Id Accursius fortiter negat, et in eam sententiam multis argumentis utitur ad *L. qui de inofficioso, D. de inoffic. testamen.* Cuius et sententiam tanquam bene probatam Bartolus (2) sequitur. Quod miror ab illis dici aut defendi potuisse, cum sint loci in medio positi, quibus tantum non ex professo refellantur. Nam in ea ipsa *L. qui de inofficioso* aperte ita scriptum est, eum qui de inofficioso dicit, non debere eoque nec jure posse ullam aliam actionem quam hereditatis petitionem exercere. Atqui is querelam exercet, et querela est actio, ut tam multis locis testatum est: de quo mox in extremo definitionis. Est igitur omnino querela petitio he-

(2) Et Azo *in Summa C. h. t. n.* 18. *et n.* 14. Sich. ad *Rub. C. h. t. n.* 3. volens hanc esse actionem præparatoriam petitionis hereditatis, sicuti ad exhibendum rei vindicationis. Et per hanc aperiri viam agendi actioni in rem universali, cum hereditas peti nequeat nisi prius rescisso testamento. Et idem ad *L.* 1. *C. h. t. n.* 6. *et ad L.* 14 *et* 16. *coniunctus C. h. t. n.* 6. scribens nec actionem omnino esse, nedum realem, sed præparationem ad agendum, et remedium quoddam rescindens ea, quæ obstabant actoris, Ant. Rub. ad *L.* 14. *hoc tit. in prælud. n* 8. non esse actionem, quia quandoque datur ei, qui commodum inde non consequitur, ut *infra Cap.* 10. *n.* 9. Bodin. 1. *de Rep.* 4. *n.* 28. Ant. Fab. 17. *Coniect.* 1. Pac. 3. *Q.* 31. Arn. ab Haersolte *Act.* 4. *n.* 2. nec esse proprie actionem, quia non jus agentis, nec accusationem; quia pœnam non persequitur; sed implorationem nobilis judicis officii. Baro in *L.* 8. *princ. hoc tit.* multa singularia habere, quæ nec ad actionum, nec accusationum naturam pertinent, ut quod patri, nomine filii, non datur, at Zoes. in *Par. h. t. n.* 2. esse quoddam jus medium, inter utramque se tenens. Sed nostro consentit Fulgos. ad *L.* 1. *C. hoc tit. n.* 2. *et seqq.* (vocans coloratam petitionem hereditatis) Hotom. ad *princ. I. hoc tit. et Epit. D. hoc tit. n.* 2. Vaud. 2. *Q.* 24. Cujac. ad *L.* 1. *et* 4. *seqq. D. h. t.* et 2. *QQ. Pauli ad d. L.* 17. *et* 19. *hoc tit.* ac passim. Govean. 1. *Var. Lect.* 5. *n.* 22. Vult. 2. *Jurisprud.* 22. *n.* 18. Wesenb. ad. *Rub. C. hoc tit. n.* 2. *et n.* 10. non esse hanc præparatoriam, sed ipsam petitionem, etsi in sua materia, et specie amplior sit, cum etiam testamenti accusationem contineat, ideoque, ceu magis universalem, præmitti. Non implorationem officii judicis, quia eo res vindicari nequit, uti hic dicitur *L.* 17. *hoc tit. etc.* Iidemque centumviri cognoscebant de inoficioso, vid. *not. infra Cap.* 15. *N.* 1. Ita vero est. Sejuncta quidem intellectu querela a petitione, et dicitur querela, quatenus impugnat testamentum, seu factum testantis iniquum. Ast conjuncta ei, et inclusa petitio, ut peracto querelæ judicio, nova actione opus non sit, qua a scripto evincatur hereditas, ut sentit Vaud. 2. *Q.* 24. *n.* 2. et firmiter probant a nostro adducta, quicquid contra Sich. ad *L.* 1. *C. h. t. n.* 6. Quia intentione ipsa nequeunt separari, et ut filius testamento exclusus, non potest venire ad hereditatem nisi per hanc, ita nec conqueri nisi ad eum finem. Hinc querelæ renuncians amittit partem suam, quæ socio accrescit; Et contra jus petendæ partis repudians, hanc exercere nequit, Connan. 9. *Comm.* 8 *n.* 2. Et ut non sunt hodie separata in restitutione in integrum, rescindens et rescissorium, vid. *not. ad Comment. I. de action. n.* 5. ita nec hic. Duar. *hoc tit. Cap.* 2. et 10. *ad d.* Govean. 1. *Var. Lect.* 5. *n.* 22. qui utroque judicio (hoc et sequenti) peti hereditatem confirmat ex *L.* 1. *de R. V.* Verbis: post actiones, quas de universitate etc. Non vero placet, quod Connan. *d. Cap.* 8. *n.* 3. qui hac egit et obtinuit, posse deinde hereditatem repudiare scribit, sicuti et aliis ei, qui vicit, non acceptare liberum. Nam petens hereditatem, eo ipso animum adeundi declarat. Ergo repudiare deinde nequit, per ea quæ *supra Lib.* 7. *C.* 10. *n.* 2.

reditatis, at fatendum est eum qui de inofficioso agit, posse aliam actionem quam hereditatis petitionem exercere. Et tamen videas illos tanquam in re explorata securos de his verbis in eo loco quem interpretabantur, nihil respondere. Item in *L. Papinianus*, §. *quoniam. D. eod.* traditur eum qui dicit inofficiosum (qui dicit, inquam, nunc agendo, non autem qui dixit prius, et vicit testamentum esse inofficiosum) eum, inquam, non posse hereditatem petere ultra quam sit ab intestato heres: proinde si sint duo filii exheredati, eum qui dicat inofficiosum, idest qui de inofficioso agat, non totam hereditatem debere, sed dimidiam petere. Ergo qui de inofficioso agit, petit hereditatem: alioqui dicendum fuit eum in illo judicio neque totam hereditatem, neque dimidiam petere posse. Item in *L. cum qui* in fin. *eod.* diserte scribitur, per inofficiosi querelam evinci hereditatem ab eo qui heres institutus esset. Per querelam, inquam, non per hereditatis petitionem. Per querelam igitur petebatur hereditas, alioqui per querelam non evinceretur, sed querelæ judicio finito nova opus esset hereditatis petitione. Sed quid argumentis opus est? Diserte Ulpianus in *L. si instituta*, §. *penultim. D. eod.* scribit facultates defuncti, id est, hereditatem, per inofficiosi testamenti accusationem vindicari ei, qui agit. Idem etiam apertius in *L. penultim.* §. *sed quemadmodum*, *D. de bonor. possess. contra tabul.* filium emancipatum præteritum admitti ait ad petitionem hereditatis ex caussa querelæ inofficiosi non motæ, sed movendæ. Quæ verba ita sunt, ut non apertius significare potuerit, querelam inofficiosi habere petitionem hereditatis, ut qui admittatur ad querelam movendam, simul admittatur ad hereditatis petitionem: nec possit ad hanc admitti emancipatus præteritus, nisi per querelam. Apertius etiam Justinianus in *L. si quis filium*, in princip. *C. eod.* Querelam vocat petitionem hereditatis ex nomine inofficiosi: pro quo Ulpianus ante dixerat petitionem esse ex caussa inofficiosi. Quod enim illic Justinianus ait filium exheredatum a patre, omnia jura eamdemque querelam quam vivus haberet, relinquere filio suo, eidemque nepoti defuncti, quanvis decesserit petitione hereditatis ex nomine inofficiosi non instituta aut præparata, hæc inquam, quid est aliud quam id quod veteres dixerunt, quanvis accusatione seu querela inofficiosi non instituta aut præparata decesserit? Negabant enim veteres hoc casu querelam transferri ad heredes. *L.* 6. §. *ultim. L.* 7. *D. eod.* Quod jus Justinianus temperans, in filio exheredato qui et ipse filium aut nepotem relinquerant, superiore constitutione immutavit. Adde his *L.* 3. *C.* de pet. hered. *hereditas materteræ petita non infringit alterius hereditatis petitionem, quæ venit ex alia successione. Sed etsi quæstionis titulus prior inofficiosi testamenti caussam habuisset; judicatæ rei præscriptio non obstaret, eamdem hereditatem ex alia caussa vindicanti.* Ergo profecto titulus petitionis (3) inofficiosi caussam habens, una caussa est, ex qua et ipsa actor hereditatem vindicavit. Quibus quidem omnibus, præsertim his posterioribus locis duobus apertius dici nihil potest. De argumentis Accursii in contrariam sententiam postea viderimus exposita definitione. Nunc ne cœpta ejus explicatio interrumpatur, reliquas ejus partes paucis exsequar.

IV. Est igitur querela, petitio hereditatis tanquam ab intestato delatæ. Hoc recte subiicitur, ut occurratur dubitationi, quæ statim oritur ex eo, quod querela inofficiosi petitio hereditatis esse dicitur. Nam si est hereditatis, aut ex testamento est, aut ab intestato. *L.* 1, 2, 3. *D. de pet. hered.* Constat non posse esse petitionem hereditatis ex testamento cum querela detur iis, qui testamento exclusi sunt, ut suo loco dicetur. Rursum an sit ab intestato, juste dubites; cum proponatur testamentum factum, quod usque adhuc jure consistat: quamdiu autem testamento locus est, tamdiu non deferatur hereditas ab intestato. *L. quamdiu*, *D. de acquiren. heredit.* Unde igitur hæc petitio in querela inofficiosi, aut potius quomodo querela hereditatis petitio? Ne ergo dubitemus querelam inofficiosi ita recte dici, adjicimus cujus hereditatis, et ex qua caussa delatæ sit petitio. Nempe ab intestato delatæ; ne quis istam petitionem statim reiiciat: idque ita expressum est in *L. mater. D. eod.* congruit *L. cum duobus*, *C. eod.*

V. At rursum hic occurritur, quæ et dubitatio sequitur in definitione, quo et ea dubitatio eadem definitione eximatur. Nam testamentum adhuc consistit, atque adeo hæc querela constituta est adversus scriptos

(3) Sicuti in alia petitione hereditatis caussa adfertur, institutio testatoris, vel successio intestati, ita hic inofficiosum testamentum, seu hæc caussa intentionis filio, quod immerenter exheredatus. Et hic, qui queritur titulum heredis assumit, licet is interim sine re, Cujac. 14. *QQ. Papin. ad L.* 15. §. 1. *hic tit.*

testamento heredes, qui hereditatem adierunt. *L. eum qui*, §. 1. *de inofficio. testamen.* Jam autem diximus, quamdiu ex testamento adiri potest hereditas, tandiu ab intestato non deferri. *d. L. quamdiu*, *de acquiren. heredit.* Dubitatio tollitur ex caussa huius petitionis: quæ caussa deinde subiicitur, ut intelligatur, quam recte sit constituta hæc petitio ab intestato, et quam justa ex caussa tum querela, tum petitio ipsa nascatur. Est igitur querela ita petitio hereditatis testamento stante constituta, ut sit tamen de inofficioso testamento: eamque adeo petitionis hujus caussam habet, quod dicatur adversus eum qui agit testamentum esse inofficiosum. Si inofficiosum, inutile. *L. Papinianus*, §. *ult. D. de inof. test.* quo rescisso, fit paterfamilias intestatus: quod ex caussa inofficiosi diserte traditur in *L.* 6. §. 1. *D. eod.* congruit definitio intestati. *Instit. de heredital. quæ ab intestato defer.* Intestato patrefamilias mortuo, fit quod dixi in hac querela, ut per hanc recte petatur hereditas tanquam ab intestato delata. Sed prius inofficiosum testamentum esse oportet: quod quid sit et cur ita appellatum, illic proprie dicendi locus est, cum cui competat querela, et qua ex caussa, separatim quæremus. Quoniam huius petitionis caussa est, si dicatur testamentum esse inofficiosum, ideo qui ex hac caussa petit hereditatem, hanc ipsam caussam præmittit: queritur testamentum inofficiosum esse, uti tale accusat, postulatque ne sibi obstet, ut tale pronuntietur.

VI. Hinc nomina nata hujus querelæ veteribus: Dicitur enim querela inofficiosi testamenti; accusatio inofficiosi; inofficiosi actio; et qui agunt, dicuntur queri de inofficioso; inofficiosum accusare; de inofficioso agere. Querela passim sub *tit. de inofficioso D.* et *C.* maxime in *L. Papinianus*, pene tota. *D. eod.* (4) Accusatio in *L.* 6. §. *ult. L.* seq. *L. si instituta*, in prin. §. *pen. D. eod. Inst. eod.* in prin. et §. *tam autem*, (5) Actio in *L. quemadmodum*, 7. *L. nam etsi*, §. *ult. L. cum qui*, in prin. *D. eod.* et alibi. Querela ideo quia qui agit de inofficioso, queritur sibi injuriam factam esse inofficiosa præteritione aut exheredatione: sic enim injuria hic nominatur in *L. Papinianus*, in prin. Accusatio ideo, quia qui hic queritur, hoc ipsum factum tanquam indigne et injuriose factum accusat. Actio ideo, quia re vera hic agitur de hereditate, quæ et petitur: neque alio refertur ipsa querela et accusatio inofficiosi: quam ut per hanc utiliter de hereditate re nostra agatur.

VII. Sed hæc omnia ita recte dicuntur, si modo querela inofficiosi sit id quod definimus, petitio hereditatis tanquam ab intestato delatæ. Id quidem antea probare satis visi sumus. Sed quia hic nos impediunt vulgares interpretes, hic locus est de illorum argumentis cognoscendi, de quibus jam paucis respondebo. Argumenta ergo Accursii ad *L. qui de inofficioso* hæc fere sunt tria. Primum tale, Petitio hereditatis datur solum adversus eum, qui cum heres non sit, pro herede, prove possessore possidet: adversus heredem nunquam *L. regulariter.* et *L. seq. D. de hered. pet.* At querela inofficiosi datur adversus heredem testamento scriptum, eoque et vere heredem, *L. verbis*, *D. de verb. sign.* Non est igitur querela inofficiosi petitio hereditatis. Respondeo. Nec querela inofficiosi testamenti ex perpetua lege petitionis hereditatis adversus alium datur, quam adversus eum qui pro herede possidet: ut hac quoque parte in querela petitionem hereditatis facile agnoscas. Datur adversus scriptum testamento heredem; sed scriptum testamento inofficio-

(4) Accusatio et querela, qua testamentum rescindi petit. Actio vero, qua hereditatem petit, Wesenb. *ad rub. C. hoc tit. n.* 6. Ibid. *n.* 15. Partes, ait, querelæ duæ 1.° ipsa querela, cujus rursus duæ partes: Accusatio, quæ refertur ad jus publicum, arguens testamentum, quod publici juris est; et querela, quatenus conqueritur de injuria sibi facta. Crebrius querela vocatur, quia accusatio non propter se, sed respectu querelæ privatæ fit. 2.° Petitio hereditatis, ex qua ceu principali caussa et fine, actio æstimanda. P. Greg. 41. *Synt.* 4. *n.* 3. Querela modestius, quam accusatio. Facilius liberis de facto parentum conqueri licet *L.* 11. §. 1. *de accus. L. ult. C. Qui accus. non poss.* ut et servis, de dominis *L.* 2. *de his qui sui*, Pietas, et obsequium revocat accusationis intentionem. At æquitas suadet, verecunde conquerentes audiri. Aliter Connan. 9. *Comm.* 8. *n.* 2. Quia actionis nomen non satis efficax, ad infirmandum testamentum, quod nisi probata iniquitate fieri non potest, sic temperatum istud, ut nec mollior appellatio, quam pro judicii gravitate, neque acerbior sit, quam pro pietate parentibus debita.

(5) Recte etsi diss. relati *supra N.* 2. Potest tamen, et per exceptionem proponi, si filius possideat, et ab eo scriptus, hereditatem petat *L.* 8. §. 13. *hoc tit.* per *L.* 156. §. 1. *d. R. I.* Duar. *hoc tit. Cap.* 10. P. Gregor. 41. *Synt.* 4. *n.* 13. Wesenb. *ad Rub. C. hoc tit. n.* 58. Et hanc quoque quinquennalem statuit Gomez. 1. *Var. Resol.* 11. *n.* 20. quia exceptio hæc quandocunque proponi potest.

so. Scriptus inofficioso testamento heres, non est heres. Testamentum enim, ut dixi, per querelam rescinditur, fitque hoc modo paterfamilias intestatus (6) *d. L. Papinianus*, §. *ult. L.* 8. §. 1. *D. de inoff. testam.* Hic occurritur ab Accursio. At hoc, inquit, ita est, cum pronuntiatum est de inofficioso, nec fuit provocatum, ut est in *d. L. Papinianus*, §. *ult.* Priusquam autem pronuntiatum sit, necesse est interim saltem testamentum valere, et qui eo testamento scriptus est, heredem esse. Non ita est. Potest quidem interim testamentum pro justo haberi, et qui eo testamento heres scriptus est, interim haberi pro herede. Re autem vera neque est certo testamentum quod est inofficiosum, ne ab initio quidem, neque certo heres, qui eo testamento scriptus est. Utrum testamentum sit, an non sit; heres qui scriptus est, an non heres: pendet ex eventu, et eventus utrum sit declarabit. Nam si non movebitur querela, aut ea mota pronuntiabitur pro testamento, tum vere dixerimus retro versus et valuisse testamentum, et nunc valere, et qui eo testamento scriptus erat, vere heredem esse, et manere. De hoc sane herede vere hoc idem dixerimus eum in hac caussa fuisse, ut nec teneretur ab initio hereditatis petitione: sed hoc ideo, quia nec tenebatur querela inofficiosi, ut ex eventu apparuit. Quod si querela inofficiosi mota pronuntiabitur testamentum inofficiosum, de quo nunc agitur, hic contra eveniet, ut retro versus intelligatur nullum unquam testamentum fuisse, heredi autem scripto perinde omnia habeantur, ac si hereditas adita non fuisset, ut diserte traditur in *L. eum qui*, §. 1. *D. de inoffic. testam.* Et merito: cum ut alibi scriptum est, non credatur defunctus, contra cujus testamentum ut inofficiosum judicatum est, testamenti factionem habuisse. *L. qui repudiantis*, §. 1. *D. eod.*

VIII. Secundum argumentum tale. Petitio omnis filiofamilias ex caussa profectitii aut adventicii peculii competens patri datur etiam invito filio. *L. ultim.* §. *ubi autem*, *Cod. de bon. quæ lib.* At querelam inofficiosi filiofamilias quæsitam (finge exheredatum aut præteritum testamento matris) pater invito eo instituere non potest, ne nomine quidem filii, *L. Papinianus*, in princip. *D. de inoffic. testament.* Quare querela inofficiosi non est petitio, multoque minus petitio hereditatis. Respondeo. Quod dicitur, petitionem et actionem filiofamilias competentem patri dari, non est perpetuum. Excipitur, si qua est actio personalis, id est, de ea re quæ personæ filii cohæreat. Quales recensentur in *L. quod dicitur*, *D. de verb. obl.* Ubi et hæc exceptio legitur. Atqui hujus generis res est injuria, et per hanc actio injuriarum, ubi injuria filio facta, aut ejus vindicta patrem (7) non attingit, ut declaratur in *L. lex Cornelia*, §. *illud*, *D. de injur.* At talis injuria est, quam persequitur querela inofficiosi: ubi scilicet queritur filius se a matre præteritum tanquam improbum, aut ingratum adversus matrem: quæ solent esse præteritionis et exheredationis caussæ: satisque constat hanc injuriam nihil ad patrem pertinere. Merito igitur hæc querela invito filio patri non datur, eamque ipsam ob caussam dici ur patri non dari, quia filii injuria est in *d. L. Papinianus*, in pr. *de inoffic. testa.* Neque propterea negatur esse petitio actio, cum sit personalis quæ filii personam non egrediatur, nisi quis agat filii nomine et volente eo. Cujusmodi actiones omnes ne in cæteris quidem caussis ad patrem transeunt.

IX. Tertium argumentum et postremum

---

(6) Aliter resp. Duar. *h. t. Cap.* 10. quod petitio hereditatis non datur nisi heredi, verum esse de ordinaria et directa. Hanc extraordinariam esse, et quasi utilem. Ideoque dari bonorum possessionem litis ordinandæ gratia, ut pro herede habeatur. Siculi possessoria quoque hereditatis petitio datur non heredi, sed qui loco heredis est. Sed expeditius noster.

(7) At immo ex injuria filio illata, alias patri actio, ut supra *Lib.* 15. *Cap.* 25. *N.* 13. Quare melius Duaren. *hoc tit. Cap* 8. exponit verba *d. L.* 8. *princ.* ipsius injuria est, id est, non redundat in patrem, sicuti alias contumelia, et convicium filio dictum, et Hottom. 1. Amicab. 30. *add. Petr. Barbosa ad L. Lucius* 38. *solut. matrim. n.* 7. *et* 8. Et ad argumentum resp. Duar. id ita quia genus hoc actionis extraordinarium. Et querela odiosa, quomodo et Connan 9. *Comm.* 8. *n.* 4. Sed immo non tam odiosa querela, quam exheredatio, contra quam succurrit Gabr. Mudæ *ad L.* 2. *Cod. In quib. Cap. in int. rest. nec. non est.* scite Mauric. *de restit. in integr. Cap.* 149. *n.* 12. 2. et melius resp. Duar. quia hæc actio ita datur, si velit filius queri, si ostendat sibi non esse gratum factum patris. Eo non volente queri, nulla nata est actio, quæ ad patrem transire possit. Vereor autem, ne paulo pinguius dictum sit a Cujac. 17. *Obseq.* 18. querelam hanc non tantum in multis imitari actionem injuriarum, sed et principaliter, hic magis caussam doloris agi, et notæ inflictæ filio, quam pecuniæ: Ideoque actionibus, quæ vindictæ potius quam pecuniæ persecutionem habent, accenseri debere, vid. *not. infra.* 21. *Cap* 9. *N.* 6. *sub fin.*

tale. Si querela inofficiosi testamenti est petitio hereditatis, competit aut ex testamento aut ab intestato: non enim aliter fit heres is qui hereditatem vindicat *L.* 1. 2. 3. *de her. petit.* Jam vero qui de inofficioso testamento agit, neutra ex caussa potest hereditatem petere, id est, suam esse dicere. Non ex testamento, ipse testamento præteritione aut exheredatione exclusus. Non ab intestato, quia cum exstet adhuc testamentum, de cujus viribus agitur, quandiu ex eo adiri hereditas potest, tamdiu caussæ intestati non est locus. *L. quandiu, D. de acquir. her.* Proinde querela inofficiosi non est petitio hereditatis, nec potest eam petitionem in se habere. De hac objectione jam supra respondi. Querela inofficiosi est petitio hereditatis non sane ejus, quæ petatur ex testamento, quod constat: sed ejus quæ petatur ab intestato: nam si testamentum vere inofficiosum est, et tale judicatur, rescinditur, ut dixi, et quasi nullum unquam fuisset, ita res redit ad caussam intestati. *d. L.* 6. §. 1. *de inoffic. testam.* Et quanvis multo post quam agi cœpit, pronuntietur testamentum inofficiosum, tamen ubi semel tale judicatum est, jam dixi retroversus perinde omnia haberi, quasi nunquam hereditas adita fuisset ab herede. *d. L. eum qui*, §. 1 *eod.* Stet igitur hæc sententia, querelam inofficiosi nihil aliud esse, quam petitionem hereditatis tanquam ab intestato delatæ, propositam ex caussa inofficiosi testamenti.

X. Atque eo magis hæc sententia nobis retinenda est, quod si cum vulgo statuerimus, querelam inofficiosi non habere petitionem hereditatis, sed in his actionibus duo esse judicia diversa: incurremus in certas has reprehensiones duas, ut cogamur fateri scilicet, querelam esse actionem, quæ tamen si de definitione actionis quæritur, non sit persecutio ejus quod nobis debetur; si de divisione actionum, non sit in rem actio, et multo minus actio in personam; quorum alterum adversus definitionem certam actionis dicitur: alterum adversus certam omnium actionum divisionem. Querelam actionem esse, et eam qua judicio de inofficioso testamento agitur, et ostendimus antea, et innumeris pene locis declaratur, *L.* 7. *L. nam etsi*, §. *ult. L. eum qui.* §. 1. *L. filio. L. mater*, *D. de inoffic. testam.* §. *tam autem*, *Inst. eod.* Atqui si querela inofficiosi petitionem hereditatis non habet, non persequitur hæc actio quidquam quod nobis debeatur. Quid enim aliud hæc querela sine hereditatis petitione, quam affirmat testamentum esse inofficiosum, et hanc eamdem pronuntiationem a judice postulat? Ita etiam hæc actio non erit actio; aut verum non est omnem actionem esse persecutionem ejus quod sibi debetur. Jam ut quis dederit querelam inofficiosi semotam a petitione hereditatis, esse actionem: tamen illud suscipiendum erit istu modo ejusmodi actionem esse, quæ neque sit in rem, neque in personam. Non in rem, quia hujusmodi actione non petimus ullam rem nostram, ac ne testamentum quidem, quod est alienum. Multo minus in personam; cum non sit querela adversus quemquam qui nobis sit obligatus. Quæ si cum definitione actionis, et divisione hujus generis certa tam aperte pugnant, et suscipienda sunt ei, qui querelam inofficiosi per se solam actionem esse dicat, petitionem hereditatis continere neget: omnia concurrunt, quæ nos certo in superiore sententia confirment, ut statuamus in querela inofficiosi testamenti unam actionem et unum judicium versari, quo contineatur et petitio hereditatis, et inofficiosi querela: petitio hereditatis tanquam res summa et principalis quæ in judicium deducatur, querela tanquam caussa hujus actionis, qua fiat ut impedimento testamenti amoto, ad hereditatem quæ petitur perveniatur. Quod non dissimiliter fit, atque si quis pecuniam sibi debitam petat ex stipulatione. Petit enim pecuniam sibi solvi, quæ petitio est hujus judicii propria, sed petit ex hac caussa, quod stipulatione promissa sit. In quo tamen constat duo judicia non versari, sed unum duntaxat.

## CAP. IV.

Quibus competat querela inofficiosi; Quod sit testamentum inofficiosum, et quibus rebus id contineatur.

I. Genere actionis hic constituto, quod in actione recte instituenda primum est, cui rompetat videamus. Competit querela inofficiosi testamenti certis tantum personis el his paucis: neque his simpliciter; sed ut actiones fere omnes certis conditionibus. A personis, competit solum sanguine conjunctis, qui nisi testamento inofficioso exclusi essent, futuri erant defuncti legitimi heredes; quo jure et nunc ad petitionem utuntur. Neque tamen (1) his omnibus. Competit tantum tribus his generibus personarum adversus quas solas visum est testamentum inofficiosum fieri posse, et competit isto ordine: liberis primum, deinde parentibus, tertio fratribus. Ultra fratres nulli cognationum competit (2) ne patruis quidem, aut avunculis, multoque minus consobrinis, aut inferioribus cognatis. *L.* 1. *D. de inoffi. testam. Inst. eod.* in prin. Sed an omnibus hic iniuste summ dis querela competit?

II. Et in liberis, placet his competere (3) omnibus. Itaque non tantum datur naturalibus liberis, sed etiam adoptivis, pro (4). distinctione tamen lege Justiniani in hac re constituta, *§. tum autem, Instit. de inoffic. test. L. pen. C. de adopt.* Neque natis tantum, sed et postumis, et his quidem etiam alienis idest, qui nati inter suos heredes futuri non essent. *L.* 6. in princ. *D. de inoffic. testam. §. tam autem, Inst. eod.* Ita nimirum dictante regula, qua placet, qui in utero sunt, cum de commodis eorum agitur, ubique pro jam natis haberi. *L. in utero, L. penult. D. de stat. hom.* Quid, si sit filius spurius præteritus testamento parentis? et spurio adversus testamentum patris (5) nulla esse potest querela inofficiosi; quia patrem habere non creditur. *L. vulgo, D. de stat. hom.* At præteritus testamento matris de inofficioso testamento matris (6) queri potest. *L. si suscepta, §.* 1. *D. de inoff. testam.* Nihil ad rem pertinet, quod spurius ex legitimis nuptiis susceptus non est. Non enim minus

(1) Non bona est consequentia affirmans. Facultas enim succedendi ab intestato plenior P. Greg. 44. *Synt.* 5. *n.* 1. Covar. 4. *Var. Resol.* 21. *n.* 2. et multi ad eam admittuntur, qui non ad querelam, Duar. *h. t. Cap.* 6. Illa enim secundum tacitam voluntatem defuncti, hic contra expressam succeditur, Aut. Rubeus *ad L.* 13. *D. hoc tit. Cap.* 2. *n.* 8. Sed bona est consequentia negans. Qui non succedit ab intestato, nec jus querelæ, nec petendæ legitimæ habet, vid. *infra N.* 25.

(2) *L.* 21. *Cod. hoc tit.* quod tempore Jurisconsultorum certo jure non definitum, sentiunt Hot. *ad pr. L. h. t.* et Duar. *hoc tit. Cap.* 8. Sed judices centum viros non facile admisisse. Igitur dici in *d. L.* 1. *melius facerent.* Gov. 1. *Var. Lect.* 5. *n.* 11. *et n.* 21. admitti quidem ulteriores, ut testamentum inofficiosum faciant, sed non vincere illos, ut rescindatur. Quod elusorium est. Equidem Wes. *ad Rubr. C. h. t. n.* 33. fratrum quoque filiis, quoties cum patruis succedunt, hanc competere censet, etsi non daretur si soli essent; Quod suspectum merito, et rectius negat. Vult. *ad pr. L. hoc tit. n.* 10. Obstat *L.* 6. *pr.* vers. *sed et cognatorum h. t.* Resp. quidam neminem ibi agentem exceptione repulisse. Sed Govean. 1. *Var. Lect.* 5. *n.* 16. *et seqq.* postumum cognatum illic esse nepotem ex filia, quem prætor ad bonorum possessionem ab intestato vocat; ex parte edicti *Unde cognati.*

(3) Sive in potestate sint sive non, ut emancipati *L.* 23. *princ. h. t.* vid. Gomez. 1. *Var. Resol.* 11. *n.* 31. sive primi gradus, sive sequentium, si parentes eorum prædecesserint, etiam nepotibus ex filia, etsi hi olim differrent ab aliis *Nov.* 18. *Cap.* 4. *princ.* vid Chiflet. *de Port. legit. Cap.* 9. Duar. *h. t. Cap.* 6. Govean. 1. *Var. Lect.* 5. *n.* 15.

(4) Quod explicat Chiflet. *d. Cap.* 9 *pag. m.* 782. *et seq.* Et sic adoptatus ab extraneo etsi jus successionis legitimæ habeat, non tamen querelæ, vid. *supra N.* 1.

(5) Adeo ut, nec statuto contra disponi posse post Schurff. censeat Goth. A *d. Th.* 3. *lit. D.* Naturales vero, id est ex concubina suscepti, quo casu ab intestato eis sextans defertur, (non extantibus scilicet legitimis,) eo quoque legitimam habent, in sextante, Chiflet. *d. Cap.* 9. *pag.* 781. Proinde et jus querelæ, Cujac. *in Nov.* 18. *p.* 111. quod et ita videri posse scribit, sed asseverare non audet Wesenb. *ad Rub. C. hoc tit. n.* 27. Et reprobans Gomez in *L. Tauri* 9. *et seqq. n.* 11. Hotom *Disput. de Spuriis Cap.* 3. Covar. *de Matrimon. P.* 2. *Cap.* 8. *n.* 24. Ant. Fab. *Cod. Fab. tit. de Natural lib. Defin.* 3. ac relati a Goth. Anton. *d. Th.* 3. *lit. E.* Contra Valasc. *Tomo* 1. *Consult.* 94. Quid in legitimatis? Si per subsequens matrimonium, admittendi, itemque si a principe, vivo patre, jus legitimi consecuti, vid. Chiflet. *d. Cap.* 9. *pag.* 681. P. Greg. 44. *Synt.* 5. *n.* 51. Curt. Senior *Cons.* 35. Hotom. *Cons.* 18. Marc. Anton. Cucch. *in auth. noviss. Cap. hoc tit. in prælud. n.* 3. Forst. 6. *de Success. ab int.* 37. *n.* 29. *et seq.* Covar. 4. *Var. Resol.* 21.

(6) Nisi mater illustris, et nisi ex nefario complexu; per regulam quæ *supra N.* 1. Chiflet. *d Cap.* 9. *p.* 781. Claud. Battand. *Tr. Legitimæ Cap.* 3. *n.* 7. Duar. *h. t. Cap.* 6. Vasq. 3. *Ill. Contr.* 106. *n.* 26. Unde hodie, ex quo omnis extra matrimonium coitus illicitus, spurios, nec matris testamentum querela evertere statuit et pluribus firmat Goth. Anton *Disput. de Legitima Th.* 3. *lit D.* Et Gaspar Ant. Tessaur. *Addit. ad dec.* 126 Ant. Tessauri, naturalibus dari querelam contra testamentum matris, non spurius. Atqui *L.* 27. *§.* 1. diserte spurio nominat.

mater est quæ peperit: nec minus filius, qui natus est: mater autem semper certa. *D. de in jus voc.* Quid si pater filium in testamento ita præterierit, aut exheredarit, ut eum negaret filium esse? Non eo minus et huic querela inofficiosi dabitur, si est filius. Immo ideo æquius huic dari, quia ista negatione crescit injuria præteritionis et exheredationis, propter quam injuriam querela comparata est. *L. si instituta*, §. 1. *D. de inoffic. testam.*

III. Etiamne parentibus omnibus similiter querela inofficiosi testamenti competit? Etiam omibus: puta non tantum patri adoptivo, sed etiam (7) naturali: nec tantum patri, aut reliquis per masculum sexum ascendentibus, sed etiam matri, aviæ, avo materno, et generaliter quicunque parentum nomen obtinent. *L. adversus*, *D. de inoffic. testam.* §. *ultim. Inst. de exh. lib.*

IV. At non item querela proposita est omnibus fratribus, quanvis testamento nulla de caussa ab hereditate exclusis. Solum proposita est (8) fratribus germanis, idest, qui eodem patre et eadem matre nati sunt; aut fratribus consanguineis, id est qui eodem patre nati sunt, etiamsi ex diversis matribus, et diversis nuptiis. Denegata est fratribus uterinis, idest iis qui sunt nati eadem matre, et eodem viro, non eodem patre. *L. fratres, C. de inoff. testam.* Sic autem consanguineos et uterinos fratres appellari, ut modo dixi, licet intelligere ex §. *hoc etiam*, *Inst. de leg. agn. suc. L.* pen. circa fin. *L.* ult. in pr. *C. de leg. hered.*

V. Sed quæcunque sunt hæ personæ, quibus querelam inofficiosi competer diximus, his competit certis conditionibus quæ in his circumstantiis versantur in caussa hujus actionis, in persona testatoris, in perseverantia querelæ, et in ordine successionis. Nam neque ex omni caussa querela inofficiosi competit; neque adversus omnium testamenta, neque perpetuo, et in eo ordo quidem est interdum successioni, ut dicendum sit suprascriptis personis competere querelam, si ea concurrent quæ in his circumstantiis jus exigit. Quæ cujusmodi sint ordine cognoscamus. Et caussa si quæritur, apparet querelam competere ex hac caussa, atque hac conditione, si adversus eum qui de inofficioso agit, sit inofficiosum testamentum. Ita hic proprie loquendi locus est quid sit testamentum inofficiosum, unde dictum sit, et quibus rebus id vitium contineatur.

VI. Testamentum inofficiosum sic recte definiamus, testamentum in quo liberi, aut parentes, aut fratres consanguinei vel præteriti sunt immerito, vel immerito exheredati, si modo et testamentum nihilominus jure legitimo consistit, et nec his debita portio ex bonis defuncti relicta sit. Quæ si recta definitio est, habet inofficiosi summa conditio qualor hasce res tanquam par-

(7) Exem la patris naturalis, filio in adoptionem dato, habet Varer. *Lib.* 7. *Cap.* 7. P. Ærod. *Decretor. jur. Lib.* 1. *Tit.* 23. Sic quoque mater de filii spurii testamento conqueri solet, *Comm.* 9. *n.* 1. ut et alii parentes lineæ maternæ, Bitland. *Tr. Legitime Cap.* 3. *n.* 9 nec non pater emancipati *L.* 14. *hoc. tit.* Quin de filiis, qui non sunt in potestate, hoc omne accipiendum. Nam qui sunt, de Castrensibus libere testantur, ut *infra Cap.* 5. de aliis, nullo modo. Quid in parentibus, qui ad secunda vota transierunt? Chiflet. *de Port. legit. Cap.* 10. vult, ut mater ejusmodi, ab intestato in iis, quæ ex paterna substantia ad filium pervenerunt, tantum usumfructum perciperit, aut ex testamento *C. de secund. nupt.* itaque a successione intestati arceatur, ideo et a legitima. Idemque ad patrem extendit ex regula correlativorum, add. Joan. Baronia *de Pæn. secundo nubent.* 41. *et seq.* Quibus consequens, querelam cessare; Contra, in matre quoque videtur Fachin. 3. *Contr.* 63.

(8) Vid. *supra Lib.* 6. *Cap.* 15. N. 1. Duar. *hoc tit. C.* 8. Consanguinei, etsi eandem matrem non habeant, nihil fere distant a germanis, ut *L.* 10. §. 15. *de grad.* Non obstat quod idem jus videatur uterinis, ex quo agnationis, et cognationis differentia sublata, ut vult Hotom. *Disput. de Quarta legit. Cap.* 2. *in fin.* et eo propendet Azo in *Summa C. hoc tit. n.* 13. Nam id tantum in successione intestati. Hic vero sumus in caussa testamenti. Sich. ad *d. L.* 27. *C. hoc tit. n.* 5. Tametsi Connan. 9. *et Comm.* 9. *n.* 5. *ex L.* 1. *D. et L.* 21. *C. h. t.* a contrario colligat uterinis quoque olim competisse querelam, et quidem omnibus absolute, etiam non turpi instituto; sed novo jure inducto Constantinum *L.* 27. *C. h. t.* querelam coarctasse. Quod et tanquam a nemine ante se animadversum sit, inculcat Castillo *Quotid. Contr. cap.* 19. *n.* 11. *et* 2. *seqq.* Hinc naturalibus, quia jus consanguineitatis non habent, non datur, nec si rescripto legitimati, quia nec inde jus agnationis, nisi inter patrem, et filium, Sich. ad *d. L.* 27. *n.* 11. Wes. ad *Rubr. C. h. n.* 36. Chiflet. *de Port. legit. C.* 11. ubi aliud statuit in fratribus per matrimonium legitimatis. Datur autem quoque Sorori consanguineæ *L.* 21. *C. h. t.* etsi contra alicui inde videri posset quod, cum uterinis negetur, videatur ad jus gentis familiæ communis respectum. Fœmina autem in alienam transit.

tes in se inclusas, quibus constet; si supra scriptæ personæ præteritæ sint testamento, aut exheredatæ: Si immerito: Si his præteritis aut exheredatis, testamentum nihilominus jure consistat; Si nec hi debitam portionem ex bonis defuncti habeant. Tot vero sunt conditiones, tot res quæ definitione inofficiosi continentur, neque plures: ut si hæ ita probantur, nullam dubitationem res habitura sit, quin vera sit et recta definitio. Atqui singulæ conditiones certis nec obscuris locis demonstrantur. Prima et secunda in *L.* 3. *L.* 5. *D. de inoff. test. Inst. eod.* in pr. Tertia in §. *tam autem*, *Instit. eod.* Quarta in §. *ult. ejusdem tituli*. Ita dictum inofficiosum, quia iis personis quas diximus, ita præteritis aut exheredatis, ut supra comprehensum est, testamentum factum est non (9) ex officio pietatis, ut pote exclusis hereditate iis, quibus maxime pietatis jure relinqui oportebat. *L.* 2. *D. eod.* Tot in definitione inofficiosi inesse conditiones cum dicimus, hoc dicimus, si simul eveniat, ut veræ sint, quemadmodum hoc modo constituitur testamentum inofficiosum, ita et querelæ inofficiosi locum esse: sin una aliqua ex his deficiat, querelam cessare. Quapropter quid singulæ contineant videamus.

VII. Primum ergo ex conditione inofficiosi hoc exigimus, ut liberi, parentes, fratres, quibus inofficiosi querelam damus, præteriti sint testamento aut exheredati. *d. L.* 3. *D. de inof. test. Inst. eod.* in pr. Præteriti dicuntur in usu juris, non quibus nihil omnino datum est testamento, sed qui in jure hereditatis sunt præteriti, idest n que instituti heredes, neque exheredati. §. *eodem*, *Inst. de her. quæ ab int. def.* Exheredati, qui verbis testatoris remoti sunt ab hereditate, sive jubeat esse exheredes, sive aliis verbis testetur se nolle eos sibi heredes esse: dum tamen rite exheredentur. Non rite exheredati, tanquam qui omnino exheredati non sint, præteriti habentur. *L. non putavit*, §. *non quævis*, *D. de bon. possess. cont. tab.* Quomodo rite exheredentur sive liberi, sive parentes, sumendum est ex iis quæ de exheredatione liberorum aut parentum supra suis locis diximus. Quid si liberi parentesve instituti quidem sint heredes, sed minima ex parte hereditatis, quæ minime contineat portionem legibus debitam, de qua postea? Etiam olim hoc casu de inofficioso (10) queri licebat. §. *ultim. Inst. de inoff. testam.* Hodie ex constitutione Justiniani non licet: non quia non debeat institutus obtinere portionem debitam; sed quia testamento servato placet institutum agere posse si videtur, ut

(9) Paul. 5. *Sent.* 5 §. 1. Non vero inde, quod cum nihil a filio contra patris dignitatem tentari conveniat, res tota religioni et officio magistratus relicta sit, ut Bodin. 1. *de Rep.* 4. *n.* 28. Dicuntur et testamenta ingrata, Suelon. *in Caligula Testamenta primipilarium, ut ingrata rescidit*. Unde liberi non instituti ἀχαριστούμενοι, Niceph. 3. *Eccles. Histor.* 31 ref. Cujac. 3. *Obs.* 8. Contra, quibus legitima relicta χάριν ἔχειν dicuntur. Et inhumana, uti improba illa, quibus turpes instituti, Cujac. ad *L.* 1. *et seqq. D. h. t.* Goveau. 1. *Var. Lect.* 3. *n.* 10.

(10) Ita Molinæ *de Inoff. donat. n.* 5 et A. Fab. 14 *Err. Pragmat.* 8. Olim, si quid modicum deesset legitimæ, querelam subvertisse totum testamentum. Hinc Accurs. vers. *aut si minus L.* 25. *pr. D. h. t.* ubi quartæ repletionis mentio, a compositoribus adjectum, quem sequitur A. Fab. 40. *Err. Pragm.* 5. *pag.* 763. Sed notatur a Bart. Aug. Castr. at aliis teste Roderico Suarez. in *repet. L. quoniam* 32 *Cod. hoc tit. in evidentialib. n.* 1. et a Connan. 9. *Comm.* 10. *n.* 13. et Cujac. ad *d. L.* 25. Recte. Quia idem habetur *in Fragm.* Pauli 4. *Sent.* 5. § 7. quam certe Triboniano adscribere A. Fab. nullo modo poterit. Unde Chiflet. *de Port. legit. Cap.* 15. *p.* 839 optionem, casu quartæ non integræ relictæ, filio fuisse statuit, vel convellendi judicium defuncti, per querelam; vel, si verecundior pudori patris parcere velit, implementum quartæ exigendi. Suarez vero *d. loc. n.* 3. *et* 4. assignata filio a patre vivo legitima per donationem in quam consensit filius, de qua tractat, *d. L.* 25. per verba: *hac contemplatione*, concessam fuisse, jure antiquo, repletionem quartæ. Jus vero novum in *L.* 30. *Cod. hoc tit.* ab Imperatore induci, quoad relicta testamento in quæ filius non consentit. Quod vero *d. L.* 25. loquatur ab intestato, probari per verba ejusdem, *aut conferri* junct. *L.* 1. *C. de coll.* Quia, eo tempore, nulla collatio in caussa testati. Quæ non improbo. Sed quia, *d.* §. 7. aperte concedit impletionem ei, qui in judicio patris minus quarta consecutus, atque ita in ultimo elogio, puto Chifletio adhærendum. Nisi cum Connan. *d. n.* 3. dicere malis, quod quoties quid, aut inter vivos, aut ex testamento datum, ea lege, ut quartæ loco esset; non licuisse de inofficioso queri, sed agere ad repletionem. Quia nihil inofficiose testator fecerit, qui putavit rem assignatam tanti esse, quanti quarta ipsa, si errore lapsus, eaque minoris sit. Jure Codicis vero et ex *L.* 30. *Cod. hoc tit.* necesse est agatur ad supplementum, si vel minimum quid testator reliquerit, etsi non putaverit sufficere ad legitimam, ac etsi plus petere vetuerit, ut *infra N.* 45.

quod portioni debitæ deest, suppleatur. *L. omnimodo, C. de inoff. test.* de quo et ipso plura postea in explicatione quartæ conditionis.

VIII. Secundum exigimus, ut præteriti isti, aut exheredati, præteriti sint vel exheredati, ut Marcellus loquitur, immerito seu indigne, ut Justinianus, inique. *L.* 5. *D. eod. Inst. eod.* in pr. Immeritæ istius præteritionis, exheredationisve non una et eadem ratio est in liberis, et parentibus, sed multo minus in fratribus. Quamobrem quæ cuique ordini istarum personarum conveniant separatim cognoscendum est.

XI. Liberi immerito præteriti exheredative dicuntur, adversus quos horum alterutrum constitutum est, ut constitutum sit sine caussa legibus cognita, et aliter, quam de his caussis faciendum esse jure cautum est. De caussis hujus generis tria Justinianus constituit. Primum exigit justas caussas ingratitudinis, caussas adversus parentem: sed et eas non quas sibi quisque finget pro affectu et animi indignatione, sed certas et definitas: quas et ipse ad eam rem, ne qua in posterum esset dubitatio, nominatim lege complexus est numero ad quatuordecim. Hoc ille in *Novel. ut cum de app. cog.* §. *aliud quoque*, et deinceps: unde *auth. non licet, C. de libor. præt. vel exher.* Deinde exigit, ut caussa, sive erit una aliqua ex his, sive plures, nominatim adscribatur testamento: ut nisi adscripta nihil prosit postea heredi scripto eam quanvis veram objicere filio. Tertium, ut caussa quæ adscripta erit, probetur ab herede, non purgatio sui a filio exigatur, quod in jure vetere contra erat. *L. si liberi, C. de inoffic. testam. L.* 5. *D. eod.* horum ille utrumque cavit in *ead. Novel. ut cum de appel. cog.* §. *sive igitur.* Hinc jam facile intelligi potest id quod nunc in liberis quærimus, quibus modis fiat, ut hi immerito præteriti, vel exheredati intelligantur. Quatuor modis id accidit, videlicet ex superiore constitutione. Primo, si pater nullam omnino ingratitudinis caussam habuit, quæ possit objici filio: ut si proponas infantem esse exheredatum. Secundo, si quam habuit, sed non legitimam, non unam aliquam ex iis quas a Justiniano definitas esse modo diximus. Tertio, si legitimam habuit, sed testamento non adscripsit. Quarto si adscripsit, sed heres non potest probare.

X. In parentibus præteritis aut exheredatis eadem prope præteritionis et exheredationis istius immeritæ descriptio est. Nam et hos Justinianus hereditate excludi vult justis de caussis; ac de his caussis eadem illa tria constituit: primum ut sint legitimæ, quam ad rem et ipse certas complexus est, quibus solis locum esse voluit: tum ut adscribantur testamento: postremo etiam ut probentur ab herede: hæc ille in eadem *Nov.* §. *justum.* Adversus quæ si quis parens prætereatur aut exheredetur a liberis, facile intellectu est eam esse exclusionem, quam immerentem dicimus. Ut autem adversus ea fiat, etiam totidem ills modis quatuor accidere perspicuum est. Solum inter liberos et parentes in his caussis hoc interest, quod adversus liberos quatuordecim caussas Justinianus posuit quæ illos excludant, quia tot caussæ ingratitudinis adversus parentes in liberos cadere possunt; adversus parentes posuit tantum septem quæ illos removeant, personarum conditioni nimirum serviens, quia non plures justæ offensionis caussæ in parentem adversus liberos cadere posse videbantur.

XI. Dissimilis longe fratrum conditio, cum quæritur, quando hi immerito præteriti vel exeredati habendi sint. Tunc solum frater existimatur immerito præteritus aut exheredatus testamento fratris, cum id factum est, turpi persona herede a fratre instituta: quibus verbis Justinianus utitur *Inst. eod.* in pr. Unde intelligitur, si qua honesta persona instituta sit a fratre, puta patruus, avunculus, consobrinus, aut inferior cognatus: atque adeo vel uxor, vel amicus; non alias caussas ingratitudinis adversus fratrem quærendas esse, quæ agentem de inofficioso summoveant; sed hanc abunde idoneam caussam esse, cur videatur frater non immerito, non indigne exclusus, eoque nec possit de inofficioso fratris testamento agere. Plus dicimus, etsi persona turpis heres instituta sit testamento fratris, tamen justas caussas esse, quibus ab hoc ipso herede possit frater præteritus aut exheredatus removeri. Hujus generis caussæ sunt quinque. Prima, si frater superstes vitæ fratris defuncti olim insidias struxit. Secunda, si fratrem vivum capitis accusavit. Tertia, si eum bonis evertere conatus est: puta summisso igne ejus ædibus, in quibus erant fratris bona; aut perforata nave, in qua ea bona vehebantur. Quas caussas ingratitudinis tres adversus fratrem posuit Justinianus in *Novel. de nupt.* §. *ingratitudinem.* Et ad eum removendum justas esse voluit. Nempe ad eum removendum tum, cum alioqui de inofficioso fratris testamento queri potuit: quod fit, cum instituta est a fratre turpis persona: ut intelligamus, etiam turpi

personæ heredi institutæ prodesse has caussas ad fratrem summovendum. Et notandum non exigere ibi Justinianum, ut eæ caussæ adscribantur testamentu fratris: ut intelligere liceat etiam non adscriptis a fratre his caussis, tamen eas ab herede turpi personæ juste fratri agenti objici posse. Quarta caussa est, si frater hereditate exclusus eadem turpitudine vitæ laboret qua heres institutus *L. in arenam*, in fin. *C. de inoff. test.* Merito, non enim recte improbet frater mores in herede, quos ipse in sua persona probavit *L. cum mulier*, 47. *D. sol. mat.* Quinta caussa est, si frater decesserit servo necessario herede instituto; exceptio nominatim addita in *L. fratres*, in fin. *C. de inoff. test.* Hæc caussa ex eo, quod multum semper huic institutioni tribuendum esse visum est, dum id agitur, ut egentes homines, quibus alius heres exstiturus non esset, hunc servum sibi necessarium heredem haberent, quo aut is satis faceret credituribus, aut non solvente eo, creditores servi nomine bona venderent, ne injuria defunctus afficiatur: hoc Justinianus *tit. Inst. quib. ex cau. md. non lic.* Sic fit, ut tunc demum frater videatur immerito a fratre exclusus, quam ob caussam et is de inofficioso testamento fratris queri possit, si turpis persona heres institutus sit, nec ulla caussa sit ex superioribus, quam heres scriptus vere objicere possit fratri, aut objectam probare. Quod cum eveniet, si heres scriptus negabit se turpem personam esse, huc res redibit, ut jam hic quærendum sit, quam turpem personam vocemus.

XII. *Res cum definita sit in d. L. fratres, C. de inoff. test.* ea definitione utimur. Nam cum veteribus quibusdam constitutionibus rautum esset, fratre aut sorore testamento fratris exclusis, posse hus de inofficioso agere, turpibus personis scriptis heredibus, quæ verba usurpavit Justinianus *Inst. de inoff. test.* in pr. hæc veluti interpretatus Constantinus in *d. L. fratres* ita scripsit, consanguineos contra testamentum fratris vel sororis de inofficioso questionem movere posse, *si scripti heredes infamiæ, vel turpitudinis, vel levis notæ macula adspergantur.* Sint ergo turpes personæ, quæ nominantur in prioribus constitutionibus, eæ quæ hujusmodi aliqua macula adsperguntur. Eas maculas sic, puto, recte distinguemus, ut infamiæ macula sit, quæ veram infamiam jure irrogatam continet: de quo genere supra suo loco diximus. Turpitudinis macula, cum quis sine infamia jure irrogata ob delictum aliquod plectitur libertate et civitate salva; ut cum quis ordine movetur, aut relegatur, aut fustibus cæditur: nam his rebus publice minui existimationem Callistratus scribit in *L. penult. D. de ext. cog.* nempe opinione hominum recepta: cum alioqui constet nun pœnam infamiam inferre, sed caussam, propter quam pœna affectus est; si ea caussa fuit, quæ infamiam damnatu irrogaret. *L. ictus, D. de his qui not. inf.* Levis autem notæ maculam recte interpretemur omnem, quæ extra infamiam, quam jus irrogat: itemque extra omnem delicti coercitionem posita: tamen vel opinione hominum vel saltem apud bonos et graves viros opinionem ejus qui notatur, onerat. Cujusmodi est, quæ ex his factis nasci solet: veluti si parens aut patronus judicium acceptat per procuratorem, conventus actione de dolo, aut injuriarum: hic enim neque procurator fit infamis, damnatus altero nomine, neque parens aut patronus, non damnatus. *L. furti*, §. 1. *D. de his qui not. inf.* Sed quia de eorum facto et delicto agitur, si et de eo pronuntietur, non evadunt opinione hominum infamiæ notam, ait Julianus. *L.* 2. *D. de obseq.* Item si pater testamento filios suos increpans ea dixit illos admisisse, quæ si vera essent, non effugerent impietatis, aut magni alicujus criminis reprehensionem. *L. ea quæ, C. ex quib. caus. inf. irro.* Hoc ergo dicimus, si qua talis persona testamento fratris heres instituta sit, quæ aliqua ex his macula laboret, eam esse turpem personam, quam hic accipi volumus, et adversus quam sit fratri aut sorori consanguineæ proposita inofficiosi querela. Aliam omnem personam honestam videri: qua herede instituta, sine alia ulla caussa denegetur omnibus fratribus hæc ipsa actio inofficiosi.

XIII. Quid ergo dicemus, si duobus heredibus institutis unius persona sit turpis, alterius honesta? an turpis personæ institutionem prævalere, ut tanquam inofficiosum testamentum in totum rescindi possit; an potius prævalere institutionem honestæ personæ, ut testamentum in totum conservetur? Neutrum dicemus: sed adversus (11) turpem heredem esse querelam

(11) Et, si turpis hoc casu repudiet suam partem, coheredi accrescit, nec nascitur querela, M. Ant. Cuch. in *Auth. noviss. C. hoc tit. in pr.* n. 2.

inofficiosi testamenti, qua pars hereditatis ex qua institutus erat, ei evincatur, adversus alterum non esse, ut totam partem, ex qua institutus est, retineat. Ita fieri, ut frater defunctus videatur pro parte testatus decessisse, et pro parte intestatus. *L. circa, D. de inoff. test.* quod in querela inofficiosi testamenti statui, neque novum est, neque absurdum, de quo plura postea, cum de fine et effectu hujus judicii dicemus.

XIV. Tertium exigimus ad caussam inofficiosi, ut præteritis vel exheredatis immeritо supra scriptis personis, nihilominus testamentum jure consistat. Quod si testamentum aliquo jure non valebit, ut alia via veniri possit ad defuncti bona, sive jure civili id fiat, sive prætorio, querelæ inofficiosi locus non erit. §. *tam autem. Inst. de inoff. test.* ut non inepte dicatur vulgo querela esse (12) subsidiarium remedium ad hereditatem auferendam, cui locus sit deficientibus aliis omnibus auxiliis. Jure civili testamentum non valet, quod vel injustum est, vel ruptum, vel irritum. Injustum fit liberis præteritis, qui erant in potestate. Rumpitur agnatione, vel quasi agnatione postumi, aut alio testamento postea jure facto. Irritum fit aut mutatione status testatoris, aut hereditate ex testamento non adita; qui modi infirmandi jure civili testamenti traduntur *tit. Ins. quib. mod. test. inf. L. 1. L. 2.* et deinceps. *D. de injust. rup. et irr. fac. test.* ac de his abunde quod satis est suo loco diximus. Propone uno aliquo ex his immerentem filium aut patrem esse exheredatum. Non ideo adversus hæc testamenta utetur exheredatus querela inofficiosi. Quod quidem in hoc genere dici minus mirum est: quoniam inofficiosi actio eo maxime pertinet, ut testamentum primo rescindatur. *L. Papinianus*, §. *ult. D. de inoff. test.* superiora autem testamenta ipsa per se nulla sunt jure civili: neque vero natura patitur, ut rumpatur aut rescindatur quod nullum est. *L. 5. D. de injust. rup.* Sed amplius dicimus, etiamsi jure civili testamentum valeat, quia neque injustum sit, neque ruptum, neque irritum, si tamen jure prætorio rescindi possit petita contra tabulas bonorum possessione, idem juris esse de inofficioso, ut hic quoque cesset inofficiosi querela. Datur bonorum possessio liberis præteritis testamento patris: sed maxime emancipatorum caussa comparata est; adversus quos alioqui testamentum stat et valet jure civili. §. *emancipatos, Inst. de exh. lib.* Faciamus ergo filium emancipatum præteritum. De eo ita scribit Paulus in *L. si ponas, D. de inof. test.* quamvis nepos ex eo in potestate retentus heres institutus sit, posse tamen filium contra filium suum testatoris nepotem petere bonorum possessionem: queri autem de inofficioso testamento non posse. Hic tamen occurrit contra exemplum patris emancipatoris præteriti a filio, quem emancipavit. Nam huic constat competere bonorum possessionem contra tabulas filii. *L. 1. D. si a par. quis fu. man. L. filio*, §. *1, D. de inof. test.* Et tamen huic eidem placet jus antiquum esse, quod ei sine manumissione habebat, ut scriptum est in *d. L. 1.* §. *ult. si a par. quis fue. ma.* id autem valet, nihilominus et ei querelam inofficiosi dari, quam et ipsam ei competere diserte scriptum est a Papiniano in *L. pater*, *D. de inoff. test.* Sed idem Papinianus suggerit in *d. L. filio.* §. 1. quid hic respondeamus. Scribit enim de hac bonorum possessione, in ea de iure patris quæri, non de jure testamenti: significans hoc judicio non rescindi testamentum filii, nec eo ad bona filii integra tanquam rescisso testamento patrem venire: sed patrem petere tantum portionem in bonis filii sibi jure debitam,

(12) Ultimum adiutorium *L. 4.* vers. *nam cum ultimum C. d. lib. præt.* Adeo ut, per restitutionem in integrum, etsi hæc subsidiaria, excludetur, arg. *L. C. de inoff. don.* junct. *L. ult. C. eod.* Aut. Rub. *L. 14. D. hoc tit. Cap.* 3. add. Vasq. 3. *Ill. Contr.* 106. *n.* 36. *et seq.* Govean. 3. *Var. Lect* 5. *n.* 16. *et seqq.* diss. Wes. ad *Rub. C. h. t. n.* 23 existimans querelam hanc elective, ut loquitur, concurrere cum omnibus remediis quæ testamentum rescindunt. Et *d.* §. 2. *L. h. t.* negari querelam ei, *qui alio jure. etc.* scilicet salva testamenti caussa, ipsove jure. Quia enim, pergit, alia remedia rescindentia æque odiosa, et testamentum oppugnant, non coarctanda est agendi licentia. Et uno deficiente, alio uti licet *L. 14. D. L. 14 et. L. 16. Cod. h. t.* non autem simul *d. L. 16.* quia contraria sunt, testamentum nullum esse, et inofficiosum. Hoc sensu, subdit, dicitur ultimum adiutorium *d. L. 4* scilicet competens iis, qui alio jure non juvantur. Non inde sequitur: Qui alio jure juvantur, hac carere; sed tantum eo usque, quod alio quis exsequatur, hanc cessare, tolli autem ita si per id suum, quod debuit, adeptus fuerit. Ita Wesemb. qui et urget *L. 8.* §. 12. *D. h. t.* Sed cum nostro pleraque inter retum turba statuit. Quod ita forte declarandum arg. *L. 7.* §. 3. *de dolo.* Ut ubi justa dubitandi causa, an alio remedio æque cautum sit, querelam intentans audiatur *d. L. 8.* §. 12. *d. L. 14. et* 16. vid. et Govean. 1. *Var. Lect.* 5. *n.* 12.

quam et eo judicio auferat, olim dimidiam, nunc tertiam, rato interim manente per omnia filii testamento. Sic jus est patroni in bonis liberti. §: 1. §. *sed nostra*, *Inst. de suc. l b.* Idem ergo in bonis filii emancipati jus patris, qui exemplo patroni ad contra tabulas bonorum *si a par. quis fue. ma.* Hinc de superiore obiectione sit hoc responsum; ex quo et quale sit remedium querelæ inofficiosi, et quatenus subsidiarium, intelligetur.

XV. Quod dicitur, si quo alio jure, aliave via ad defuncti bona veniri potest, de inofficioso agi non posse, quæ definitio est §. *tam autem*, *Inst. de inoff. test.* sic accipiendum est, si quo alio simili jure veniri possit ad defuncti bona, aut si quo veniri possit ab bona, bona, inquam, universa, non partem bonorum: proinde eo judicio, in quo quæratur de jure testamenti utrum rescindi d beat, necne, ut Papinianus loquitur: quo eodem judicio et testamentum rescindatur, ut sic fiat paterfamilias intestatus, similiter ut fit in querela inofficiosi. Ejusmodi, inquam, jus aut via si est ad infirmandum testamentum, perveniendumque ad defuncti bona, tum sane de inofficioso agi non potest. Diversum est, si qua via est ad auferendam aliqnam partem bonorum sibi debitam, contra tabulas quidem, attamen manente nihilominus testamento. Ac talis est ista honorum possessio quæ patri emancipatori præterito competit: in qua propterea dicitur de jure patris quæri, non de testamenti jure. Hæc querelam inofficiosi non (13) excludet. Et merito: valde enim iniquum sit, eum per querelam inofficiosi plus consequi liceat, hanc iniquam adimere substituta alia via, qua non idem consequare. Quod si alia idem consequi licebit, manebit quod diximus, tum de inofficioso agi non posse.

XVI. Non solum autem si jam certum sit contra testamentum alio jure ad hereditatem veniri posse, sed etiam si sit in pendenti an possit, querela inofficiosi non datur. Hinc placet ante aditam hereditatem querelam non nasci. *L. Papinianus*, §. *si conditioni*, *D. de inoff. test.* Nam ante quandiu pendet, an adeatur hereditas: tandiu incertum est, an testamentum valeat, necne. Potest enim heres postea hereditatem (14) repudiare, ac tum fit paterfamilias jure ipso intestatus? ut tum quoque sine alia rescissione testamenti ad hereditatem veniri possit ab intestato. *Inst. de hær. quæ ab intest.*

(13) Recte. Et convenit Vult. *in §. tum a. 2 Inst. h. t. n.* 4. Rubeus ad *L.* 14. *h. t. Cap.* 4. *n.* 1. quia, ait. ex diversis fontibus oriuntur, et ad diversa competunt. cum bonorum possessio solam legitimam evocet, querela rem ad intestati caussam reducat, confer Valasc. *Tomo* 1. *Cons.* 94. *n.* 14. Prior vero ratio sola. quod ex diversis caussis, etc. non sufficiens, qua nituntur Cujac. 8. *Obs.* 23. Govean. 1. *Var. Lect.* 5. *n.* 20, Connan. 9. *Comm.* 9. *n.* 3. Quia, inquiunt, illa datur ceu manumissori; hæc ceu patri; illa beneficio emancipationis, hæc coniunctionis jure. Duplex nomen ut sustinet emancipator parens, ita dupliciter ei succurri. Nec alteram alterius jus tollere, uti non desinit pater, quia manumissor et contra. Et putat hic Cujac. *d. C.* 23. *et ad. L.* 14 *D. hoc t.* exemplum esse *L. quoties* 91. *de R. I* Qui et in *d. L.* 1. §. *ult. Si a. par. man.* per jus antiquum intelligit hanc querelam, post Vigl. in §. 2. *Inst. hoc tit.* et probat Vult. in *d.* §. 2. *n.* 4. Wesenb. ad *Rubr. C. hoc tit. n.* 17. Chiflet. *de Port. legit. Cap.* 4 Goth. ad *d.* §. *ult.* add Marc. Vetran. Maurus *de Iure liberorum Cap.* 23. ut sensus sit verborum *nec enim etc.* Ne beneficium, quod emancipando contulit in filium sit patri damnosum, nisi et querelam inofficiosi haberet, quæ uberior. Sed hæc expositio displicet A. Fabro 1. *Iurisp.* 11. *Princ.* 10. *Illat.* 4. *pag.* 672. *et seqq.* 1.° Quia IC *d.* §. *ult.* loquitur de eo antiquo jure, quod accedenda jam bonorum possessione (cum *d. L* 91 *de R. I.* de repudiato uno jure loquatur) et sic per eam rescisso testamento, sibi pater defendit. Semel autem rescissum, amplius per querelam rescindi nequit: 2.° per verba; *Quod et sine manumissione habebat.* Querelam sine ea non haberetr quia non posset filius non manumissus, condare testamentum Sed hæc posteriora parum urgent. Potest enim querelam habere pater sine manumissione sua; scilicet si forte filius ab alio, pota, avo in cujus potestate fuit emancipatus, etc. Ipse autem Faber exponit de jure dominii; quod in bonis omnibus prædefuncti filii habuit pater, etc. de quo, si lubet, eum consule Aliter Rubeus *d. C.* 4. *n.* 6. intelligens de jure antiquo competenti patri, qui pepigit de succedendo ipsi filio, dum contracta fiducia manumisit, et Jo. Gutier. in *Repet. L. pater.* 14. *D. hoc. tit. n.* 12 Perquam vero improbabiliter *Gl. d. L.* 14. *hoc tit. ref.* Rubeo add. *L.* 14. *Cap.* 3. *n.* 5. et Azo ibidem, quem defendit Walt. 1. *Misc.* 17. Verba *ad querelam d. L.* 14. exponunt, id est ad bonorum possessionem contra tabulas. Etsi enim et ea querela nominetur, *princ. I. de success. lib.* acceptio tamen illa nec titulo nec propositis convenit, et præcedentibus verbis *in quæstione de inofficioso* plane repugnat

(14) Cum aditione demum vires sumat testamentum, qua non secuta, exheredatio nulla, non est ante quod rescindi possit Duar. *hoc. tit. Cap* 9. et suspensa caussa est testamentaria. Wes. ad *Rub. Cap. hoc tit. n.* 10. *et n.* 40.

*def.* in prin. Dicendum igitur tunc demum inofficiosi querelæ locum esse, cum cætero jure testamentum valere constabit, et civili et prætorio : ut hinc nullum sit auxilium ad testamentum infirmandum, quantumvis eo testamento superiores personæ sint indigne præteritæ aut exheredatæ.

XVII. Enimvero cur ita jus esse placuit, cum superioribus personis injusto aut rupto aut irrito testamento inique exclusis, appareat non minus et hic factum a testatore esse contra officium pietatis? Receptum duabus de caussis. Primum quia inofficiosum hic dicimus quod nihil nisi inofficiosum est, ut cæteris rebus consistens unam relinquat nobis querelam, qua de ejus iniquitate queramur. Deinde quia inofficiosi accusatio ad nonnullam defuncti infamiam pertinet. Nam qui inique et contra officium pietatis se exclusum testamento dicit, is non obscure testatorem iniquitatis et impietatis insimulat. Ideo hic factum idem, quod in actione de dolo. Ut hanc quia famosa est, visum est non temere decerni debere; quam ob rem et a prætore ita proponitur, si nulla alia de eadem re sit actio : *L.* 1. *§. ait. D. de dol.* ita et accusatio inofficiosi cum sit aliquo modo famosa, non videtur debuisse, nisi omnibus aliis remediis deficientibus admitti. Interim illud semper relinquitur, admissam eam esse, cum testamentum omni jure valet et civili et prætorio, et ad id rescindendum comparatam esse. *L. non putavit*, in pr. *D. de bon. pos. con. tab.* proinde et receptam contra jus.

XVIII. Quæ res merito præbet occasionem quærendi hoc loco, quo jure ea sit inducta: Nam si contra jus civile et prætorium admissa est, quod jus relinquitur, quo eam inductam putemus: cum hæ species juris duæ tantum numerentur? *L. jus autem. D. de just. et jur.* Nempe hoc est. Introducta est querela inofficiosi contra jus civile sed scriptum, puta contra legem duodecim tabularum, et reliquas leges, quæ testamentum non injustum, neque ruptum, neque irritum tuentur; item contra jus prætorium, quod et ipsum scriptum est; Sed cum a jure civili scripto discesserimus, (15) relinquitur alterum genus juris, quod est juris

(15) Recte. Nam quod juris prætorii non sit, ceu vult Camil. Planterius ad *Rub. C. Qui admitti n.* 40. *et seqq.* inde probant Cujac. 2. *Obs.* 21. Govean. ad *L.* 31. *de vulg. et pup. n.* 4. *et* 5. Chiflet *de Portion. legi. C.* 4. quia everso per hoc justo testamento, fit testator intestatus; qui obtinuit, fit ipso jure heres et qui institutus est desinit. Quæ vis prætori non est *§.* 2. *I. de bon. possess.* Quod vero juris civilis non sit, aperte probat *L.* 8. *pr. D. de bon. possess. contra tab.* Accedit quod et emancipatis competit, quos jus civile (scilicet scriptum) destituit. Denique si hac de re lata lex certas personas, quibus querelam tribueret, designasset. At contra apparet ex *L.* 1. *hoc tit.* ut *supra N.* 2. Quare non est adhærendum Cujacio, qui, *d. Cap.* 21. *et* 3. *Obs.* 8. *et* 14. *Obs.* 14. *QQ. Papin. ad L.* 15. *hoc tit.* originem ejus legi Gliciæ tribuit, levi conjectura ductus, ex *Epigraphe L.* 4. *D. hoc tit.* et quia Tacit. *Lib.* 15. meminit Glicii Galli, *et in Epitome Lib.* 19. *Livii*, item Suetoo. *in Tiber. C.* 2. mentio Claudii Gliciæ dictatoris, a quo forsitan legi Gliciæ oomeo sit, uti et Hortensiæ et Corneliæ a dictatoribus qui eas rogarunt. Quem saoe sequuntur Forst. 1. *de Success.* 5. *n.* 19. *et Cap.* 21. *pr.* Angel. Matthæac. *Lib.* 2. *de Via. jur. C.* 25. *n.* 19 Sibraod. Siccama *Lib.* 2. *de centum vir. judic. Cap.* 6. P. Busius ad *Rub. D. h.* 1. Rauchbar. *P.* 2. *Q.* 17 *n.* 21. Borch ad *princ. Instit h. t.* et Weseub. io *Rub. Cod. h. t. n.* 8. *et n.* 17. *et n.* 28. (putans eam referri ad leges antiquas in *L* 32. *C. h. t.* quodque vocetur jus antiquum *L.* 1. *§. ult. Si a par. man.* lex vetus *l.* 91. *de R. I.* quæ verbis concepta fuerit de parentibus, interpretatione ad alios producta.) Sed justius eum notant Hot. *Disp. de Quarta legitimaria C.* 1. *n.* 6. *et* 1. *Resp. am cab.* 30 Chiflet. *de Port. legit C.* 4. Vult. in *pr. I. h. t. n.* 3. Ræv. *de Auct. prudent. Cap.* 12. quia, ait, teste Suetonio 1.° ille Glicia fuit sortis ultimæ homo, coactus se abdicare magistratu, antequam magistrum equitum nominasset, *ut Fasti Capitolin. probant.* 2.° Non a prænomine, vel cognomine sed a nomine leges appellatæ. Etsi vero ad hæc replicet Cujac. *d. C.* 14. Ad 1.° satis tamen fuisse temporis ad condendam legem, verborum in *Fastis a* Ræv. adductorum aliud esse sensum. Ad 2.° a cognomine quoque vocari Leges quasdam, ut Norbana, Poducæa. Poppæa; recte tamen Hot: *d. C.* 30. illa non civium cognomina, sed familiarum nomina fuisse, Fulv. Ursin. *Lib. de Famil. Rom.* Debile quoque fulcrum nudæ inscriptionis mox me cum nec constans sit lectio; cum quidam libri habeant: *Maximus ad L. Falcidiam* ref. Barone ad *d. L.* 4. et alii *Licium*, ut Baro. *ibid.* alii *Titium* (quæ de pupillorum rationibus lata est) legant ut Hot. in *indice LL. Rom.* Nec in indice totum Jurisconsultorum huius libri Caii nulla mentio, sed nec aliunde constat, quid nam L. Glicia (si quæ fuit) constitutum fuerit. Unde et Manut. *Lib. de LL.* qui antiquas Romanorum leges persequitur, eam præterit, et Ant. Gub. *Lib. de LL.* mendosam illam epigraphen esse sentit. Et fieri potuit, ut quædam heterogenea adnasceret ejus L. commentatione IC. Cajus. Sicuti in simili ooo quia prætor de commodato edixit *L.* 1. *pr. commod.* commodatum juris prætorii, etc. Sed nec placet quod Duar. *hoc tit. Cap.* 2. constitutionibus quo-

non scripti, positum in moribus et consuetudine populi Romani, §. *constat. Inst. de jur. nat. gen. et civ.* Quo jure et querelam inofficiosi inductam esse dicemus. Idque unum nobis restat videlicet. Et vero ita res habet. Cœperunt enim primo homines sine jure certo queri apud judices de inofficiosis testamentis sanguine coniunctorum: qua querela a judicibus admissa cœperunt etiam testamenta rescindi, ut declarat Val. Maximus *lib.* 7. *cap.* 7. *de testamentis rescissis.* Quod, cum sæpius factum esset, abiit res paulatim in mores, sic deinde legibus et constitutionibus confirmata est, ut jam jure certo et scripto contineatur. Sed etiam hic ille scrupulus supererat. Nam ut ita admitteretur querela contra jus, magnam aliquam et manifestam rationem esse oportuit. Quam ergo hic caussam dicemus? Nam quod contra officium pietatis hic aliquid peccatum est, nisi aliud afferatur, non videtur per se satis esse caussæ ad testamentum infirmandum. Licet enim unicuique jure publico de re sua statuere ut vult, dum alii nihil adimat. *L. in re, C. mand.* sed maxime in supremis voluntatibus, de quibus ita lex duodecim tabularum, *uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto. L.* verbis. *D. de verb. signif.* Hoc ergo est, quod tam sollicite veteres cum de hac querela agerent, initio ubique hujus admittendæ addiderunt rationem. Et hanc reddunt congruentem cum regulis juris de injustis testamentis. ut dicant hoc colore de inofficioso testamento agi, quasi non videatur (16) sanæ mentis fuisse testator, qui tam inique testamentum ordinarit: exstat in *L.* 2. *L.* 5. *D. de inoff. test. Inst. eod.* in pr. Idonea vero ratio in primis ad testamentum improbandum ex regulis juris communibus: qua fit scilicet, ut quod jus est in furiosis et mente captis, §. *furiosi, Inst. quib. non est perm. fac. test* defunctus testamenti factionem habuisse non credatur: quod et ipsum credi, cum contra testamentum ut inofficiosum judicatur, ex hac ratione respondet Paulus in *L. qui repudiantis*, §. 1. *D. de inoff. test.* At cur credatur non sanæ mentis, qui testamentum ita scripsit, ut supra diximus? Quia naturali ratione tanquam tacita quadam lege insita hominum mentibus parentum hereditas debetur liberis. *L. ult. D. de bon. dam.* Secundum liberos ipsorum liberorum hereditas debetur parentibus, quibus non minus pie reliqui debet, *L. nam etsi,* in prin. *D. de inoff. test.* Quo fit, ut qui his exclusis hereditatem suam ad alios transferunt, non male existimentur (17) ratione communi carere, quod est dementium et furiosorum. Et

relæ ortum tribuit, quas a jure civili distingui scribit *L. Inter D. de fidei.* ut nec dicta interpretatio Vult. ad *d. L.* 8. *pr. contr. tab.* quasi sensus sit: nec jure prætorio, nec civili, sed utrique per hanc succurri, quia et effectus civilis hic pateat, quod intestatum reddit, et prætorius, quod emancipato subvenit. Recte itaque noster, cui assentitur Hot. ad *pr. I. hoc tit. et Disp. de Quarta legit. C.* 1. *n.* 2. Hortens. ad *d. pr. I. hoc tit.* Castillo *Quotid. Contr. C.* 19. *n.* 13. Chifl. t. *d. C.* 4. Qui et movetur *L.* 5. *hoc tit.* verbis: *assidue soleant* quæ factum et usum arguunt. Itemque *L.* 1. *h. t.* ubi verba nimis mollia: *melius facere*, etc. indicio sunt LL. et jure eos non arceri, et Molinæ *de innoffic. Donat. n.* 3. usu populi Romani inductam in linea directa, constitutionibus ad 1. gradum lineæ transversæ extensam volens. Quibus non contrarius Ræv. *d. Cap.* 12. dum prudentum auctoritate inductam, usque recentiam vult. Quia enim decemviri, nihil de præteritis vel exheredatis definiverant, prudentes pro auctoritate sua in LL. interpretatione statuerunt, etc. quæsito colore, etc. ut *N. seq.* cui consentit Cont. 1. *Subsec. Lect.* 3. A. Fab. v. *Err. Pragm.* 7. *et* 10. *Err. Prag.* 10. *f.* 782. Etsi argumentum quo Ræv. et Cont. moventur ex vocula *inductum pr. I. h. t.* non satis firmum sit. Nam et inducta dicuntur, quæ ex ipsis legibus aut duodecim tabulis *L.* 1. *de usucap. L.* 1. *ad exhib. L. Lex naturæ* 14. *de stat. hom.* Cujac. 14. *Obs.* 14. Sicuti et aliud cujusdam amici nostri, quia fictiones Jurisconsultorum propriæ sint, ad quod citat Hopper. *Lib.* 2. *de Jur. Arte.* Quod si lege, ait is, aliqua inducta querela, non colore aliunde quæsito opus, sed solius legis vigore, rescindi deberet. Nam immo aliquarum fictionum leges ipsæ auctrices, ut L. Cornelia, et Publiciana quoque actio aliunde quæsito colore nititur, quæ prætoria est nec prudentibus originem debet.

(16) Apulei. *Apol.* 2. Lege testamentum: si quid *quasi insana* scripsit, etc. Briss. *Lib.* 4. *Formul. pag.* 383. Quia vero color hic ex interpretatione, cujus non eadem omnino vis, quæ legis ipsius; idcirco, uti furiosi testamentum ex 12. tabulis ipso jure nullum, ita hoc judicum sententia rescindi voluerunt Jurisconsulti, Ræv. *de Auct. prud. C.* 12. Govean. 1. *Var. Lect.* 3. *n.* 14. Sic et Publiciana colore usucapionis instituitur, et qui capti ab hostibus hereditatem adspirat, colore nititur ac si hora captivitatis iste decessisset, Gilken. ad *L.* 1. *C. h. t. n.* 4.

(17) P. Greg. 44. *Synt. n.* 4. peccat contra naturalem omnium rationem, immo naturam ipsam, qua et feræ suos diligunt ac nutriunt. Hot. ad *pr. I. h. t.* affectum humanitatis prætermittere, et ea ex parte, quodam mentis errore affectum videri. Sic Valer. *Lib.* 7. *Cap* 8. Ebutiæ, quæ duarum similis probitatis filiarum alteram solam in-

tamen re vera hoc ita est. Bene dicitur a veteribus rem defendi hoc colore, quasi testator demens fuerit, hoc colore, id est hoc prætextu.

XIX Postquam ergo ita jus est, supra scriptis personis quamvis immerito præteris vel exheredatis, non aliter tamen inofficiosum testamentum fieri, recte non esse obnoxium inofficiosi querelæ, quam si testamentum consistat jure civi i et prætorio: necessario faciendum est, ut hic constituamus quando superioribus personis ita summotis testamentum consistat, aut non consistat, ut hinc de querela ipsa judicetur: Sic enim eveniet, ut illic quidem querelæ locus sit, si cætera concurrant, hic autem non sit. Et de exheredatis certa hæc sit et in omnibus superioribus personis perpetua definitio, exheredatos non turbare testamentum defuncti, neque jure civili neque prætorio, ne si liberi quidem sint a patre exheredati: ita testamento jure consistente, unam exheredatis superesse querelam inofficiosi; quæ et his ob eam caussam jure competit; hoc Ulpianus in *L. non putavit*, in pr. *D. de bon. poss. contr. tab.* Neque hic interesse putabimus utrum liberi parentesve exheredati sint justa aliqua de caussa legibus cognita, an nulla; ea caussa testamento adscripta sit an non sit. Nam etsi hi liberi sint exheredati in quos constet natura nullam ingratitudinis caussam cadere posse, tamen non eo minus placet consistere testamentum eoque his inofficiosi querelam dari et ita dari, ut sola ipsa competat. Exemplo sunt postumi infantes, quos cum constet nihil admittere posse adversus patrem aut matrem dignum exheredatione, tamen exheredatis sola datur querela inofficiosi. *L.* 6 in pr. *D. de inoff. test.* *§. tam autem*, *Inst. eod.* *L. si quis suo*. *§. ult. C. eod.*

XX. Præteritionis non eadem caussa est. Hæc interdum pro exheredatione habetur, facitque ideo ut testamentum jure consistat ex quo et querelæ inofficiosi locus: interdum non habetur pro exheredatione, ac tum testamentum infirmat, ut vel nullum fiat ipso jure, vel bonorum possessione contra tabulas petita rescindatur; quibus rebus et querela excluditur. De quo æstimandum est ex statu personæ ejus qui præteritus est, ut quæratur fueritne in potestate testatoris quo tempore testamentum fiebat aut antea, an non fuerit: ac de eo ita statuendum. Si quis præterit eum quem in potestate habet habuitve, ut pater filium etiamnunc in potestate ejus manentem, aut emancipatum; in ea caussa est præteritio, ut testamentum infirmet: in filio quidem qui tum in potestate est, ut sit testamentum ipso jure nullum. *L. inter*, *D. de lib. et post.* in emancipato autem, ut bonorum possessione contra tabulas petita, quæ huic generi liberorum maxime proposita est, evertatur. *§. emancipatos*, *Inst. de exher. lib.* Ita utroque hoc jure querela excluditur. *d. §. tam autem*, *Inst. de inoff. test.* Eademque ipsa res declarat, nunquam præteritionem in his liberis a patre præteritis exheredationis vim habere *d. L. non putavit*, in pr. *de bon. poss. cont. tab.*

XXI. Extra hos vere generaliter dixerimus pro exheredatione esse præteritionem: In quo contraria hac definitione recte utimur: si quis quem ex superioribus testamento præterit, quem nec habet in potestate nec unquam habuit, præteritionis hujus eamdem vim esse, quæ exheheredationis, scilicet ut hoc præterito, non secus quam si exheredatus esset, testamentum utroque jure consistat, et civili et prætorio; eademque res locum faciat querelæ inofficiosi. Indicatur hæc regula in *§. ult. Inst. de exh. lib.* Sub persona matris, aviæ, avi materni et cæterorum per matrem ascendentium; qui quia liberos ex filia natos in potestate non habent non magis quam ipsa mater, eoque nec ullo jure coguntur eos instituere vel exheredare, ideo illic dicitur eorum silentium et præteritio tantum facere, quantum facit exheredatio patris: sed aliud eis adminiculum servari, de quo paulo post Justinianus se dicturum pollicetur. Id autem est remedium querelæ inofficiosi, de quo scribit postea sub *tit. de inofficioso testamento.* Idque ipsum est, quod et hic locum habere dicimus. Ex hac regula placet et præteritis parentibus tanquam exheredatis solam competere inofficiosi querelam ad rescindenda testamenta liberorum, a quibus sunt præteriti. *L. pater*, *D. de inoff. test.* *L. cum filium. C. eod.* Quod multo magis in fratribus præteritis admittendum est. Plusquam enim certum est, neque parentes in potestate liberorum esse, neque fratres in potestate fra-

stituerat, tabulas *plenas furoris* vocat. Verbis tamen temperatis, quoad potest, utatur conquerens. Nam, ut Quintil. *Lib.* 7. actor in eo quod factum est liberum habet impetum, sic tamen, ut factum accuset, ipsius patris tanquam valetudine lapsi, misereatur vide Connan. 9. *Comm.* 8. *n.* 1.

trum. Quod si in testamento matris, liberorum, fratrum recipimus ut eorum præteritio sit pro exheredatione, sequitur ut in his quoque illud admittamus, quod supra in exheredatione, nihil referre videlicet quomodo his testamentis præteriti sint liberi a matre, parentes a liberis, frater a fratre: utrum ex caussa, an nulla; multoque minus utrum caussa adscripta sit testamento, an non sit: sed sine exceptione et post præteritionem testamentum consistere, ut præteritis nihil relinquatur nisi extremum auxilium querelæ.

XXII. Et hoc ita jus antiquum est. Quod an immutatum sit constitutione Novella Justiniani quæsitum est. Ea est *Nov. ut cum de app. cog. §. aliud quoque capitulum, et §. s ve igitur.* Unde *auth. non licet, C. de lib. præt. vel exh.* qua cautum est de parentibus, non licere his liberos præterire vel exheredare, nisi justa caussa ingratitudinis adscripta testamento et probata ab herede. Sed et de liberis idem cautum eadem *Nov. §. justum*, non licere his parentes præterire vel exheredare, nisi similiter justa caussa adscripta et probata. Qua constitutione hoc effici videtur, sive nulla sit caussa cur exheredentur, prætereanturve liberi aut parentes, sive cum esset justa, non sit adscripta testamento, testamentum ipso jure non valere. Proinde utroque modo fieri, ut hic locum non habeat querela inofficiosi. Quæ et sententia vulgo recepta est; quam ex verbis costitutionis nec absurde ita colligunt. Quidquid fit contra quam lex prohibet, ipso jure nullum est. *L. non dubium, C. de legib.* In quo autem testamento liberi parentesve præteriti sunt, aut exheredati sine justa caussa et ea testamento inserta, id testamentum fit contra quam prohibet superior lex Justiniani. Quapropter in quo testamento hæc facta sunt, id testamentum ipso jure nullum esse necesse est. Id ergo an ita sit, magna quæstio est. Nec otiose. Etsi enim, cum testamentum per querelam rescinditur, res eo redit, ut proinde habeatur testamentum, quasi ab initio nullum fuisset: tamen utrum fieri dicamus, in re ipsa multum interest. Nam si testamentum nullum est, fit statim locus legitimis heredibus: ut quamvis qui præteritus aut exheredatus est noluerit vel non potuerit heres esse, nihilo tamen magis scripti heredes admittantur. Quod si præterito aut exheredato solum dederimus querelam inofficiosi, multis modis accidere potest ut judicium defuncti retineatur, et scripti heredes ex testamento obtineant hereditatem: sive quod qui queri poterat, aut repudiet querelam, aut intra quinquennium non agat, aut ea præparata decedat, et si qui sunt alii modi quibus qui de inofficioso agere poterat, suo jure excidit: de quibus postea. Quid ergo dicimus? Et supra cum de pœna præteritionis et exheredationis agerem, itemque de parentibus præteritis vel exheredatis, disserui pluribus in hanc sententiam, quam et satis probasse mihi videor, ut statuerem superiore constitutione Novella in pœna præteritionis aut exheredationis, seu in ratione infirmandi ex his caussis testamenti, nihil de jure superiore (18) immutari. Inde si quis vult, plura quæ huc faciant, sumere licebit.

XXIII. Nunc de objectione quam paucissimis respondebo. Quod dicitur; quidquid contra fit, quam lex prohibet, id ipso jure nullum esse, ita verum est, nisi lex ipsa factum manere volens, aliam facti pœnam nominatim statuat. Id autem in superiore constitutione accidere: qua non ita vetat Justinianus liberos aut parentes præteriri vel exheredari sine caussa et ea testamento adscripta, ut si præteriti sint, velit testamentum nullum esse: sed ut nominatim jubeat testamentum rescindi, testamentum irritum fieri: his enim verbis utitur in ea *Nov. ut cum de app. cog. §. sive igitur*, et *§. si autem hæc omnia.* Quæ verba ex æquo pertinent ad testamenta omnia quæ quovis modo infirmantur, vel ipso jure, vel per bonorum possessionem contra tabulas, vel per querelam inofficiosi: sed maxime ad ea quæ cum jure ipso constitissent, posterioribus hisce duobus modis rescinduntur. Nam proprie non dicuntur rescindi, aut irrita fieri, quæ per se nulla

(18) Proinde integer adhuc et necessarius usus querelæ Nec restrictus, nisi in eo quod hodie querela negatur ubi olim competebat, aliquo scilicet in legitimam relicto quod eam non adæquat, ut *infra h. Cap.* Non vero ubi olim querela, hodie ipso jure nullum testamentum. Ut valde peccent qui unico casu in linea directa superesse volunt: si rite exeredatus caussam exheredationis falsam esse queratur, ut Myns. *pr. I. h. t. n. 8.* Molinæ. *de inoff. Donat. n. 9. et seq.* Magis vero, qui in unico casu fratrum præteritorum. Non enim probabile est, tot jura antiqua ita tacite, et quasi per saturam abrogata esse; cum Justiniano familiare sit, ne si quid innovatum vult, id taceat, vid. Wesen. ad. *Rub. C. h. t. n.* 22. Connan. 9. *Comm.* 10. *n.* 3. *et* 4. Duar. *h. t. Cap.* 3. *sub fin.* Gilken. ad *l.* 30. *Cod. hoc tit.* A. Fab. 14. *Err. Prag.* 7.

sunt *L.* 5. *D. de injus. rup.* Ita cum ita accipi verba ipsa constitutionis suadeant: tum vero in primis ratio et mens Justiniani. Ait enim ibidem se superius illud constituisse, ut liberis, et parentibus præteritis vel exheredatis consuleret, ne quam liberi in testamento parentum, aut parentes in testamento liberorum injuriam paterentur. Non est ergo propositum Justiniano ea constitutione aliis consulere, eoque jure beneficium ad alios pertinere oportet. *L.* 3. §. *sed utrum*, *D. de min.* Atqui si liberis vel parentibus nulla justa de caussa testamento adscripta præteritis exheredatisve, placet sine discrimine testamentum ipso jure nullum esse, non consulitur solum liberis, et parentibus, sed aliis legitimis heredibus quibuslibet. Sic enim fit statim paterfamilias intestatus: ut quanvis liberi vel parentes postea repudient hereditatem, aut morte præventi non potuerint eam adire, nihilominus cæteri cognati suo ordine ad eam admittantur, excluso herede scripto. Quod eum Justiniano propositum non fuerit, nequaquam superioris præteritionis aut exheredationis pœnam apud illum sic accipiemus, ut testamentum ipso jure nullum esse intelligamus. Quod si accipimus, relinquitur ut reliquas infirmandi testamenti vias pro distinctione juris veteris intelligere debeamus. Cum enim de his nihil exprimat Justinianus hoc saltem nos ad eas referri debere. Sic enim placet posteriores leges omnes accipi, ut quidquid his specialiter non est expressum, id veterum legum constitutionumque regulis relictum existimetur. *L. præcipimus*, in fin. *C. de app.* Hoc idem Vigliu et Baroni videtur ad *tit. Inst. de inoff. test.* Quapropter etiam post constitutionem superiorem Justiniani, mauebit vetus ratio et forma impugnandi testamenti liberis parentibusve immerito exclusis: quam quia nobis notam esse maxime ad hunc locum pertinet, iterum paucis complectar.

XXIV. Ergo de eo ita jus est in summa: omnibus exheredatis sive fratribus, sive parentibus, sive adeo liberis, quanvis nulla aut non justa caussa testamento adscripta, etiam nunc unam superesse ad testamentum rescindendum, querelam inofficiosi: hae si exheredati non utantur, sive quod nolint sive quia non possint, testamentum ratum manere, atque hinc heredes scriptos obtinere hereditatem. De præteritis parentibus et fratribus idem jus esse: quorum præteritio pro exheredatione habeatur. Quod ad liberos præteritos attinet, in eadem caussa esse etiam liberos præteritos a matre, avia, avo materno et similibus parentibus, quorum in potestate liberi non sint nec unquam fuerint: quia et horum silentium æque sit pro exheredatione. Unum esse genus liberorum præteritorum ad quos querela inofficiosi non pertineat: Hos esse liberos qui sunt in potestate testatoris, aut cum prius fuissent, desierunt esse, ut emancipati. Prioribus præteritis, statim inutile esse testamentum, *L. inter*, *D. de lib. præt vel exher.* præteritis posterioribus, ita testamentum jure civili valere, ut tamen jure prætorio per bonorum possessionem contra tabulas rescindatur.

XXV. Ut superiora omnia concurrant: ut liberi, inquam, parentes, fratres exclusi sint testamento hereditate idque immerito, et testamentum nihilominus utroque jure consistat et civili et prætorio: tamen adhuc unum superest ad caussam inofficiosi, quod quartum posuimus, ut qui ita remoti sunt nec debitam ex defuncti bonis portionem acceperunt. Hoc si accedit, vere et omni ex parte inofficiosum testamentum est, ac tunc demum querelæ inofficiosi locus esse incipit. Sin illa a præteritis aut exhæredatis obtinetur, non efficient cætera quæ diximus, quominus a querela excludantur, §. *ult. Inst. de inoff test.* Idque est quod veteres dixerunt, quarta (sic enim hanc portionem appellant, ut mox dicetur) inofficiosi querelam excludi. *L. Papinianus*, §. *quoniam*, *D. eod.* Non alia id quidem de caussa, quam quod senserunt juris auctores, non esse inofficiosum testamentum adversus eos qui eam portionem accepissent. Ut minimum tamen hanc esse, quam superioribus personis tanquam naturæ et pietatis jure his debitam relinqui oporteret: quæ ideo et lege illis constituta est, si quis his cætero alioqui jure exclusis secure testari vellet.

XXVI. Atque hinc nomina hujus portionis nata, ex quibus portionem ipsam in scriptis veterum liceat agnoscere. Dicta est enim debita portio *L. Papinianus*, §. *unde*, *D. de inoff. test. L. pen.* in pr. *C. eod.* et eodem sensu (19) debitum bonorum subsidium in *L. si totas*, *C. de inoff. don.* Dicta legiti-

(19) Debitum naturale *l.* 36. §. *ult. C. de.* *ho. tu* Et simpliciter debitum *Nov.* 18. *pr.* portio substitutæ *Auth. novis*, *C. h. t.* Claud Band. *Tr. Legit. C.* 1. *n.* 2. Chiflet *de* *Port. legit. Cap.* 2. P. Greg. 44. *Synt.* 5. *n.* 4. Unde DD. vulgo comparant æri alieno, tametsi vivo patre non debeatur, ex communi Vasq. 1. *Ill. Contr.* 37. *n.* 2. Coler.

ma recepto magis vocabulo, *L. omnimodo*, et *LL.* seqq. *C. eod.* Vulgo quarta (20) natu-

*Decis.* 39. Myns. 4. *Obs.* 25. Fr. Sarmient. 2. *Select. Interpret.* 7. n. 4. et 5. per *L.* 8. §. 15. *h. t. L. un.* verbo *tanquam*, *Cod. de his qui ante apert. tab.* ita scilicet ut tunc præstanda sit; Debetur vero, ut relinquatur. Unde non vere sed quasi debitam dicit Padilla ad *L.* 3 *Cod. de jur. et fac. ig. n.* 32. *et seq.* Tametsi Vacon. 6. *Declar. C. ult.* dominiumque verum, licet non plenum legitimæ, vivo patre, filii esse, pluribus contendat.

(20) *Nov.* 1. *Præfat.* § 2. ibi: tanquam secundum ipsam naturam debeatur, et *Cap.* 1. §. 2. Sed Chiflet. *de Port. legit. Cap.* 3. *sub fin.* male sic vocari contendit. Quia non quarta sola, sed tota hereditas jure naturæ debetur. Et cum adoptivis quoque hæc competat *supra h. C. n.* 2. juri naturæ adscribi non debere, alioqui et inconcinna esset appellatio legitimæ. Ergo, inquit, ut cæteri quadrantes determinationem sumpserunt a jure civili, ita et hæc est portionis naturalis particula lege taxata. Et ita tutissime statui puto, quoad rem ipsam ac substantiam quidem esse juris naturalis: Ratione autem quotæ, quantitatis, modi, taxationis vel definitionis, juris civilis, ut Roderic. Suarez. *in Repet. L.* 32. *Cod. h. t. in Declar. Legis Regni Limit.* 2. *n.* 3. Vult. *in §. pen. I. h. t. n.* 1. Cujac. *in Nov.* 18. Bron. 1. *Misc. Ass.* 34. Ant. Gaib. *QQ. jur. C.* 15. *n.* 27. Quod sic declarat M. Anton. Cucch. *in Auth. noviss. C. h. t. in pr. n.* 7. Quod obligatus quidem jure naturali pater, ut aliquid filio relinquat. Cur autem potius quadrans, triens, vel semis, quam alia portio relinquenda sit, ad jus naturale nihil spectat. Hoc enim arbitraria solum legislatoris mediocritate probari potest, cum si aliam assignasset, forte quintam, eadem quæstio cur non quarta, etc. superesset. Forcat. *Sphæra legali n.* 20. Plenius sic explico. Jure naturæ debetur hereditas tota liberis, sed ab intestato. Eodem jure naturæ conceditur disponendi de rebus suis licentia. Durum esset, hanc facultatem in persona parentum nimium circumscribi: Durum itidem permitti, ut exclusis iis quos natura veluti constituit, alieni heredes adsciscantur. Hic itaque leges sese quasi medias interponunt, temperantes tum effusam testandi licentiam et in extraneos profusionem, certisque limitibus cohibentes: tunc etiam modum statuentes eorum quæ liberis necessario relinquenda; prospicientes pariter liberorum necessitati et parentum juri liberoque arbitrio, quorum testamenta turbari vetant, legitima relicta. Atque ita juxta *L.* 6. *de J. et J.* cum, addito aliquo vel detracto juri naturæ, jus civile efficiatur, recte hoc modo legitima dicetur juris civilis. Quod et ipsum nomen convincit. Sic enim legitimum dicitur, quicquid a lege sive institutum sive etiam definitum est, ut pluribus similibus probat Wesenb. ad *Auth. noviss. C. h. t. n.* 2. add. Rainald. Cors. 1. *Indagat.* 28 Jam vero aperte Justin. *L.* 36. §. 1. *C. h. t.* portionem hanc legis et suam constitutionem definivisse. Quæ expeditiora puto, ad tollenda dubia, quam si inter jus naturale et causam seu rationem naturalem distinguamus, ut Claud. Battand. *Tractatu legitimæ C.* 1. *n.* 3. Pet. Greg. 44. *Synt.* 6. *n.* 10. Goth. Anton. *Disp. de Legitima Th.* 2. *lit. B.* A. Fab. 74. *Error. Prag.* 5. Menoch. *Casu* 149. *n* 12. Wes. *ad d. Auth. noviss. n.* 13. qui juris naturæ esse scribit secundum quid, ratione causæ et naturalis rationis id suadentis. Et verba *secundum naturam etc. d. Nov.* 1. *et* 2. exponunt Bart. et alii quodam instinctu, et impulsu naturæ, refer. Suarez. *d. Limit.* 2. *n.* 2. qui et ibidem *n.* 5. differentiam inter rationem, et jus naturale reprobat, cum ratio naturæ sit lex naturalis etc. Prioribus consequens est, saniorem interpretum eorum sententiam esse qui augeri minuique sane legitimam jure civili vel municipali posse largiuntur, seu variationes legum antiquarum ac diversæ definitiones convincunt; et facit *Nov.* 101. *C.* 4. Tolli autem penitus non posse. Quia jus civile, ut non per omnia servit juri naturali; ita in totum non recedit, *d. L.* 6. *de Just. et Jure* nec ordinem naturæ, qui hic est ut liberi succedant parentibus, *C. Jus. naturale dist.* 1. prorsus invertere potest *L.* 1. *de usufr. ear. rer.* Chiflet. *de Port. legit. Cap.* 16. Roder. Suarez. *d. Limi.* 2. *n.* 6. Maretus *Tract. Quartar. Cap.* 13. *n.* 3. *et seqq.* Rubeus *ad L.* 14. *hoc t. Cap.* 2. *n.* 26. Albert. Brunus. *Comm. super statut. exclud. famil. Art.* 1. *n.* 5. *et* 6. Coler. *Decis.* 286. *n.* 10. Muller. 3. *Semestr.* 5. Fachin. 7. *Contr.* 32. Quæ et receptior, ac æquior opinio vocatur a Mynsing. 5. *Obs.* 43. Gail. 2. *Obs.* 122. *n.* 11. *et* 13. (vocante contrarium statutum adversum legi naturali, divinæ, canonicæ, et civili) quam usus probat. Mode t. Pist. *Cons.* 2. *Obs.* 122. *n.* 5. *Vol.* 2. quamve curia suprema Imperii pluries secuta est, testibus iisdem Myns. et Gail. ut et Rota Romana *Decis. Rot.* 17. *in antiquis* et probata quoque in parentum legitima, Myns 6. *Obs.* 44. ut et sanxit August. Sax Elect. *Nov. sua* 12. *P.* 3. Diss. post relatos a Gail. *d. Obs.* 122. *n.* 6. et a Cuccho *in Trac. de Legitima ad Auth. noviss. Cod. hoc tit.* §: legitima nullum gravamen admittit *n.* 70. *pag. mihi* 389. Sichar. *ad d. Auth. noviss. n.* 6. P. Gregor. 44. *Syntag.* 5. *n.* 12. *et seqq.* Trentacinq. *de Substit. P.* 11. *Cap.* 9. *n.* 22. Reinaldus Cors. 1. *Indagat.* 28. Eman. Costa *ad C. si pater de testamentis in* 6. *P.* 3. *v. privare non possit n* 42. Fr. Sarmient. 2. *Select. interpretat.* 14. *n.* 6. *et* 7. A. Fab. 15. *Error. Prag.* 7. quia, ait, jus succedendi omne in legislatorum arbitrio varie imminutum et immutatum est omni tempore. Sed resp. nonquam tamen lata lex est quæ liberis hereditatem paternam prorsus tolleret, Chiflet. *d. Cap.* 16. nec ulla gens tam barbara, nisi penitus degeneret ab hominis natura, Battand. *Tract. legit. Cap.* 1. *n.* 9. Moribus sane Arragonum vetustissimis

ræ, seu quarta jure naturæ debita. Dicta ergo debita portio et debitum bonorum subsidium per excellentiam, quia hæc portio præcipua quadam ratione debetur superioribus personis, nempe naturæ quadam lege quæ istis personis pietatis jure hereditates nostras velut adjicit, suo cuique ordine. *L. ult. C. de bon. dam. L. nam. etsi, D. de inoff. test.* Legitima item per excellentiam, non solum quod legibus (21) constituta sit et attributa istis a reliqua alioqui hereditate summotis (ac legibus deberi Justinianus scribit in *Novella de immen. don.* circa medium) sed etiam quod sola lege constituta sit, sine ullo judicio testatoris: cum quarta falcidia quæ tribuitur scriptis heredibus, etsi adjicitur lege falcidia, tamen ex parte a judicio quoque testatoris quodammodo proficiscitur. Debetur enim heredi scripto quia testator heredem eum instituit, in quem nisi judicium suum contulisset, nulla portio hereditatis ei deberetur. Quibus autem legibus hæc portio constituta sit, si quis roget, recte respondeamus opinor, legibus et constitutionibus Imperatorum. Quarta naturæ cur vocetur ex prioribus intelligitur. Etsi autem hæc quarta debetur legibus, tamen his ipsis legibus, quæcunque hæ

filios exeredes facere, nulla caussa prolata, parentes possunt, testantibus Sarmiento *d. Cap.* 14. *n.* 6 Joan. Mariana *Libr.* 1. *de Rege et Regis Inst. Cap.* 3. *p.* 35. Monter. *Decis. Arrag.* 33. Clu pin. *de Privileg. rustic. Lib.* 3. *P.* 3. *Cap.* 11. *p.* 322. sed et idem antiquo Romanorum jure licuit, antequam usus querelæ invaluit: Nec ideo tamen legitima tunc liberorum nulla, verum ea de parentum propenso affectu benigna suspicio fuit, ut nunquam nisi male meritos successione excludere censerentur; quomodo et Plato hanc facultatem parenti tribuit, ut filios obsequentiores redderet, credens nimirum patrem eo jure vix unquam abusurum. Obiicit P. Greg. Præscriptio est juris civilis. Præscribi autem legitimæ portioni potest. Ergo etc. Resp. Per ἔνςασιν: Præscribi rei vindicationi potest, cum res usucapitur; Anne ideo dominia juris civilis, et anne ideo in totum tolli possunt. Non hic quæstio nobis ullone modo fieri possit ne filius legitimam adipiscatur, sed an legibus ita caveri, ut nullo modo, etsi sibi ipse vigilet, adipisci queat? Et miror quomodo hæc vana argumentatio imposuerit viro cæteroquin sagaci: Actioni quæ datur ad legitimam, seu ex caussa legitimæ, præscribi potest. Ergo et legitima statuto tolli. Perinde est, ac si, sic argueres: Actioni ex vendito quæ ex caussa venditionis competit, præscribi potest. Ergo et venditio ipsa jure municipali tolli. Objic. 2. P. Greg. Ex delicto paterno in crimine majestatis privantur filii legitima *L.* 5. §. 1. *C. ad L. Jul. Majest.* Resp. Non negandum aliquo casu, ex legis dispositione filios legitima privari posse. Sic enim et ex delicto proprio si in parente injurius, aliamve justam exheredationi caussam præbuit. Æque enim exheredatio, uti legitima, a jure naturali et gentium est, Forcat. *Dial.* 36. *n.* 4. Et ibi quoque delictum quasi proprium, quia paterni criminis exempla metuuntur; vid. P. Theoderic. *Disput. Crim.* 5. *Th.* 6. *lit.* 9. ibique citati. At hæc de capacibus successionis quæstio nostra intelligi debet. De incapacibus enim ex. g. filiis in servitutem redactis vel deportatis, quæri nequit, cum supponendi sint termini habiles. At *d. L.* 5. §. 1. filium perduellis omnis omnino successionis etiam extraneorum penitus incapacem reddit. Superiora ita declaranda, si lex municipii filio ab intestato nihil omnino tribuat. Veluti si primogenito totam hereditatem patris attribuat: vid. Tiraq. *de Jure primogen. Q.* 4. *n.* 12. *et seqq. et Q.* 5. Vel si omnia bona uxoris marito superstiti exclusis liberis, cujusmodi statutum Fribergæ, urbe mihi natali, quondam extitit, sublatum ab Electore Augusto anno 1576. Moller. 1. *Semestr.* 29. *et ad d. Nov. Sax.* 12. *n.* 4. Item si filias extantibus masculis penitus removeat etiam indotatas. Secus si aliquid succedat loco legitimæ; veluti dos, si filiæ dotatæ excludantur a successione, prælatis filiis, favore familiæ, et agnationis, Gail. *d. Obs.* 122. *n.* 12. Etsi ea minor sit legitima jure communi statuta, Menoch. *Casu* 149. *n.* 2. *et seqq.* vid. Joan. Campezius *Com. in statut. exclud. fœm. Q.* 6. Plane qua ratione vulgo nituntur, quod legitima loco alimentorum succedat ex *Nov.* 18. *C.* 3. Ideoque non magis tolli possit statuto quam alendi necessitas, adeo efficax non est, ut et agnoscit Suarez. *d. Limit.* 2. *n.* 2. quia hanc ipsam subrogationem fecisset jus civile: unde licet id tolleret legitimam, non tamen alimenta. Ac immo neganda subrogatio hæc, et comparatio alimentorum sæpe fallax. Alimenta, non nisi egentibus debita; legitima etiam filiis jam ante habentibus unde se exhibeant: illa a vivo patre præstanda; hæc post mortem: illa fratribus absolute debentur, hæc tantum sub conditione turpis instituti, P. Greg. *d. C.* 5. 11. Chiflet. *de Port. legit. C.* 9. *et Cap.* 15. *pag.* 837. Ant. Guibert. *QQ juris C.* 15. *n.* 26. Cagnol. *in L. fin. C. de pact. n.* 291. Wes *ad Auth. noviss. Cod. h. t. n.* 13 *et n.* 28.

(21) *Nov. Præfat.* §. 2. verbis: *necessitatem lex* imponit. *L.* 36 §. 1. *C. hoc tit.* et dicitur deferri ex legibus *L.* 6 *pr. circa med. Cod. de secund. nupt.* lege decreta *Nov.* 18. *Cap.* 1. *in fin.* Rain. Cors. 1. *Indag.* 28. *n.* 13. Chiflet. *de Port. legit. Cap.* 3 Nec probanda ratio notationis Battand. *d. Tract. legit. Cap.* 2. *n.* 1. quod a lege nobis innata et congenita, ratione scilicet naturali. Uti nec alia Hortensii ad *pr. Inst. hoc tit.* quod loco legitimæ quæ ab intestato competeret, posita, nec alia Goveani 2. *Var. Lect.* 1.

fuerunt, inducta est ad exemplum quartæ, quæ ex lege falcidia de legatis retinetur. Unde et ad hanc portionem æstimandam nostros argumento quartæ falcidiæ uti videmus, ut in *L. Papinianus*, *§. quarta*, *D. de inoff. test.* Qua ratione rursum factum est ut hæc eadem alicubi vocetur a Justiniano (22) falcidia; ut in *Novell. de immen. don.* in pr. ubi se falcidiam in liberis auxisse scribit. Is autem non auxit quartam lege falcidia debitam, sed quartam legitimam, dum pro quarta substituit trientem aut semissem pro numero liberorum: de quo ante constituerat *Novel. de triente et semis.* Sic ergo hanc portionem vocat falcidiam ut quartam Trebellianicam veteres falcidiam, quia illa ad hujus exemplum inducta est. *L. Titia, D. ad Treb. L. coheredi*, *§. coheres*, *D. de vulg. et pup. subst.* ut Servianam eam quæ dicitur hypothecaria; quia hæc illius exemplo recepta est. *L.* 3. *D. de pig.* *§. item Serviana*, *Inst. de act.*

XXVII. De hac portione legitima quatuor sunt omnino, quæ natura rei ita exigente ordine cognosci oporteat. Primum quæ sit et quota. Proximum, cujus totius portio. Tertium, quibus in rebus eam debeat habere is qui queritur, ut eæ res illi in hanc portionem imputentur. Quartum et postremum, si partem hujus portionis acceperit qui queritur, non portionem totam, nihilne id prosit ad summovendam querelam, an contra: et si quid prodest, quid de eo quod deest servandum sit. Primum ergo quærimus, quæ sit et quota portio hæc legitima. Et ut de ea jus antiquum fiat, passim in scriptis auctorum juris quarta nominatur. Indicat maxime *§. ult. Inst. de inoff. test. L. Papinianus*, *§. quoniam*, *§. quarta D. eod.* ut intelligamus hanc portionem, cujuscunque totius eam esse statuerimus postea, esse ejus totius tantum quartam. Justinianus hujus portionis modum auxit, ut et testatur in *Novel. de immen. don.* in pr. ac pro quarta portione substituit tertiam, seu pro quadrante trientem; in liberis autem si plures essent quam quatuor qui de inofficioso queri possent, semissem: (23) hoc in *Nov. de triente et semisse* ...

(22) *L.* 31. *Cod. hoc tit. l.* 5. § 3. *Cod. ad L. Jul. majest. Nov.* 66. *in Præfat.* Chiflet. *dict. Cap.* 3. qui et ipse ex sententia et interpretatione legis Falcidiæ, hanc inductam scribit, quomodo in simili tutela legitima patronorum, et parentum. Non vero ex ipsa L. Falcidiæ ut Duar. *h. t. Cap. ult. in fin.* Gov. 2. *Var. Lect.* 1. qui inde legitimam dici vult, et Balduin. quem insectatur Cont. 1. *Subsec. Lect.* 3. *n.* 4. 1.° quia veteres, non negligentes in iis, quæ e libris nostris peti possunt, omnes uno ore, quartam naturæ, ut a Falcidia et aliis quartis discerneretur, vocarunt. 2.° Quia in *d. l.* 8. §. 9. argumentum a Falcidia ad hanc ducitur. Adde quod Falcidia, et legitima in multis differant, de quibus M. Mantua *de legit. filiarum pag. m.* 1094. Item quod jure veteri legitima quovis titulo relinqui potuit, Falcidia semper hereditario jure habita, Hott. *Disput. de Quarta legit. C.* 1. *n.* 5. Denique ex Chiflet. *d.* 10. quod Augusti temporibus, quibus Falcidia lex lata, nondum legitimæ quantitas definita, ut arguitur ex iis, quæ Seneca. 1. *Contr.* 28. Quibus et revincuntur Cont. *d. Cap* 3. *n.* 2. Ræverd. *de Auct. prud. C.* 22. et Hotles. *ad pr. Inst. hoc tit.* mutantes eadem juris parte qua querela, et hanc inductam: Quod eodem tempore, quo de inofficioso agi cœptum, invaluerit simul exceptio: Si non quarta debitæ portionis ad eum pervenisset. Nam immo legitima a lege. Querela a moribus *supra h. C. n.* 18. 3.° Querela antiquior, cujus mentio etiam tempore liberæ Reipublicæ ut in *Exemplis* Valer. *Lib.* 7. *C.* 7. *et* 8 legitimæ mentio tantum post Augusti ætatem. Non obstat quod dicatur jus antiquum respectu legis Papiæ *l.* 1. § *ult. si a par. manum.* Resp. enim sic dici comparatione prætorii edicti quo pater, exemplo patroni, admittitur contra tabulas emancipati, Chiflet. *de Pact. legit. C.* 4. sed nec ex constitutione D. Marci hæc ortum habet, ut Vult. *in pr. l. De SC. Orphitiano n.* 1. post Cujac. 3. *Obs.* 8. motus loco Nicephori 3. *Eccles. Hist.* 31. Quem repellit Ræv. *d. Cap.* 12 et Chiflet. *d. Tr. Cap.* 3. quia diu ante definitam fuisse, probatur ex Plin. 5. *Epist.* 1. Et quarta D. Pii, qui Marco anterior, ad hujus exemplum inducta videtur. Quin etsi a constitutione esset, eidem tribueretur. Nomen autem indicat a lege esse. Nec ex lege Glicia, ut idem Cujacius, retractata priori sententia, ad 3. *sent. Pauli tit.* 8 §. *pen. et* 14. *Obs.* 14. *et ad. Nov.* 18. *et* 14. *QQ. Papin. ad L.* 15. *hoc tit.* Quem refellunt notata *supra h. C. N.* 15.

(23) In filiis vero decurionum, et filiabus, quæ his nupserunt, auctior legitima, nimirum dodrans *d. Nov.* 18. *Cap.* 2. *et Nov.* 38. *et Nov.* 89. *C.* 5. *Nov.* 101. *C.* 3. *et* 4. Jure Regni Castiliæ, testantibus passim Hispanis DD Castillo *de Usufr. Cap.* 45. *n.* 13. *et Contr. quotid. Cap.* 13. *n.* 9. post plures citatos Fr. Munnoz de Escobar. *Variar. computat. Cap.* 3. legitimæ jure sunt omnia bona parentum, excepta quinta parte, de qua sola testamentum disponere licet. Probe vero hic notandum quod evenire potest, ut si quinque sint liberi in divisione semissis, plus ferant quam si quatuor in trientis. Pone Hereditas 1200. si 4. liberi, triens efficit 400. unde cuique 100. Sin. 5. liberi, ex semisse, qui habet 600. quisque consequitur, 120. Claud. Battand. *Tr. Legitimæ C.*

*missæ.* §. 1. auxitque ad hunc modum in omnibus qui querelam de inofficioso movere possunt. Id est, non in liberis tantum, sed et in (24) parentibus et fratribus, ut diserte

4. *n.* 6. Chiflet. *de Port. legit. Cap.* 6. *sub fin.* datum hoc censens multitudini liberorum, cui jura multum favent. Quod A. Fab. 11. *Err. Prag.* 9 ceu omnino a ratione alienum exagitat, , oluisse huic absurdo occurri, scribens, si casu quo 5. liberi, media portio inter trientem et semissem forte quincunx aut paulo major statuta esset. Nec probari potest, quid Maret. *Tr. Quartarum Cap.* 9. *n.* 5. inæqualitatem ideo tolerari, quod inter trientem, et semissem nullus sit alius medius numerus, quo, secundum portionem commodior fieret assignatio, proinde id naturæ vitium esse, non legis. Olim autem indistincte quadrans erat, non attento liberorum numero § *ult. I. h. t.* Nepotes autem ubi in stirpes ab intestato succederent, jure repræsentationis, ut si coniuncti patruo, item si ex duobus filiis præmortuis, ex uno plures, ex altero pauciores, spectatur numerus parentum suorum; filiorum defuncti in quantitate legitimæ. Ut ex. gr. etsi quatuor sint ex uno, tres ex alio, triens debeatur, non semis. Ubi vero ex uno præmortuo filio quinque vel plures nepotes, quia non adsunt patrueles cum quibus concurrant, legitima eorum est semis, quia proprio jure in capita succedunt et filiorum appellatione veniunt, ac de his quoque *Nov.* 18. *C.* 1. *in fin.* disposuit. Trentac. *Lib.* 1. *Pract. Resol. Tit. De Legitima Resolut.* 3. *n.* 4. Cucchus. *Tract. de Legit. ad Auth. noviss. Cod. h. t.* §. *legitima quomodo sit quota, etc. sub. fin. pag. m.* 49. Marc. Mantua *eod. Tract.* vers. *quarto dubitare p. m.* 1136. Coras. *ad L. filium* 24. *C. Fam. erc. tit. Legitima. n.* 81. Wes. *in d. Auth. n.* 34. Quod probe notandum, quia contra videri posset. Sicuti et contra nititur Vaud. 1. *Q.* 50. *n.* 6. quod absonum sit, ut ipse qui non nisi trientem consequi potuit, semissem transmittat. Auctâ vero, inquit, et horum legitima *d. C.* 1. *in fin.* sed ex persona parentum, ut et eorum in capita successio, his accepto ferenda. Verum ex priori opinione, judicatum refert Brunst. *ad L.* 1. *de jurejur. n.* 150. Sed num exheredati, vel qui alias deficiunt faciunt numerum reliquis in legitimæ taxatione. Pone: quinque sunt filii: unus juste exheredatus, vel deportatus An connumeratur fratribus, ita ut legitima sit semis an vero illa triens, ac si hic nunquam fuisset? Chiflet. *Cap.* 7. posterius probat, sive lex et jus excludat deficientem, vel incapacem faciat, quia impune præteriri potest, ut si filia dotata statuto a successione removeatur; sive factum: et sive id filii; ac idem, si aut reus criminis deportatus, quia pro mortuo est, item si efficaciter renunciavit: arg. *L.* 2. *pr. et* §. 1. *de honor. possess. sec. tab.* sive testatoris, qui rite exheredavit, cum et exheredatus pro mortuo habetur. Cumque partem fratribus non faciat ut putat Chiflet. vid. *infra. C.* 9. *n.* 1. ideo nec numerum. Et consentit Cucchus *de Legit. d.* §. *p.* 41. Ac facit, quod ratio augmenti legitimæ hic deficiat, quæ in *Nov.* 18. *in fin. præfat.* Ne si plures filii eadem parte contenti esse debeant, quia pauciores, reddantur forte pauperes, qui vivo patre idonei, Rubeus *ad L.* 14. *D. h. t. C.* 15. *n.* 3. (qui fuse hac de re, et impedite tractat *d. Cap.* 15. *et seqq.*) Aug. Matthæac. *Libr.* 2. *de Via juris Cap.* 23. Barthol. Kellembenz. *de. Renunc. success. Quæst.* 37. *n.* 11. *et seqq.* Videtur mihi decisio quæstionis pendere ex illius decisione, de qua *hoc Capite infra* N. 3n. *et Cap* 9. *N.* 1. Nam siquidem, et quando deficiens faciet partem, necesse est augeat numerum. Exemplis hæc facilius declarantur, quam verbosa oratione Pone: In hereditate sunt 1200. Quatuor liberi. Unus exheredatus. Hic si partem facit nec sua portio fratribus accrescit, evenit ut fratrum reliquorum trium singuli, jure legitimæ consequantur tantum 100. æque ac si frater concurreret. Qui, si partem non faceret deficiens, singuli habituri essent 133 $^1/_3$ Jam pone in eadem specie. Sex sunt liberi. Duo rite exheredati. Hi, si partem faciunt, pariter et numerum augent, quia legitima semis, reliquorum quatuor fratrum cuique obvenient 100. totidem quot habituri, si exheredati ipsi concurrissent, ut ita, casu fratrum adverso, nec juventur nec lædantur. Quod si partem quidem facerent in distribuenda, sed numerum non augerent in computanda legitima: eveniret in proposito, ut fratrum aliorum quisque jure legitimæ haberet tantum 66 $^2/_3$ si nempe propter horum defectum alias semis futurus, 600. complectens nunc essent quadrans, 400. continens. Quæ ipsa 400. in 6. partes dividenda forent, duæque deficientium non accrescerent fratribus, sed heredi scripto. Proinde casus fratrum adversus his fraudi esset odioque, sontes insontes prægravarentur.

(24) Consentiunt quoad parentes Maret. *Tr. Quartar. C.* 8. *n.* 7. Wesenb. *ad Auth. noviss. C. h. t. n.* 35. Sich. *in d. Auth. n.* 12. Fachin. 4. *Contr.* 28. Gilken. *in d. Aut. noviss. n.* 21. M. Mant. *ibid. pag.* 1125. Afflict. *Decis.* 204. *n.* 4. Ant. Fab. 11. *Err. Prag.* 9. Trentacinq. 1. *Pract. Resol. Tit. de Legit. Resol.* 3. *n.* 16. Quæ crebrior opinio est, fatente Ant. Rubeo ad *L.* 14. *h. t. C.* 2. *n.* 27. Qui tamen nec temere inde credit, ut et Battand. *Tr. Legit. C.* 4. *n.* 31. M. Ant. Cucchus *de Legit.* §. *parentum legitima an aucta, n.* 6. *p.* 307. *et seq.* Coras. ad *L. filium* 24. *C. Fam. erc. tit. Legitima n.* 80. Vaud. 1. Q. 50. Bronc. 1. *Misc. Assert.* 36. Moventur 1.° quod inscriptio Novellæ, de solis liberis concepta 2.° Quod ex contextu passim appareat, ad hos solos pertinere, præcipue *d. Nov.* 18. *C.* 2. ibi de ingratis filiis etc. *ac Cap.* 3. 3.° Quod ratio augmenti allata *in Præfat.* parentibus non conveniat, cum in his ita plurium concursus, exindeque partibus hereditariis imminutis, inopia non ita ut in liberis formidanda sint. 4.° Quod correctio juris antiqui, non nisi expresse,

cavit in *d.* §. 1. *in fin.* Sed quia veteres in his titulis, atque hoc argumento de inofficioso testamento, ubique quartæ verba utuntur, eo et nos cum illis docendi caussa nunc utemur, ne qua hic difficultas oboriatur ex discrepantia sermonis: ea tamen lege, ut meminerimus ubique pro quarta trientem intelligendum esse ex constitutione Justiniani, aut in liberis pro numero liberorum semissem.

XXVIII. Sed hoc intellecto, nihil dum certi de hac portione habemus, nisi simul adjicimus, cujus totius velimus esse hanc quartam portionem: cum omnis portio sive dimidia, sive alia quævis dicatur ex ratione alicujus totius, cuius et portio, ac pro quantitate totius varia necesse sit portionem variari, ut aut alias major, alias multo minor efficiatur. Ut puta, quatuor millium aureorum quarta sunt mille: centum aureorum quarta dumtaxat viginti quinque. Inter quas portiones multum interest. Hoc igitur secundo loco necessario quærendum est, quarta hæc portio legitima quam quærimus. nunc triens, cujus totius sit quarta. Et placuit hic quartam accipi debere, non quartam partem

fiat, nec per conjecturas, ac productiones ab interpretibus inducenda sit. 5.° Denique quod *Nov.* 22. *C.* 48. *in fin.* *Nov.* 92. *pr.* *et* *Nov.* 39. *Cap.* 1. quæ incrementi hujus mentionem faciunt, de solis liberis loquantur. Plura pro hac opinione petere licet ex Goth. Anton. *Disput. de Legit.* *Th.* 5. *lit.* *B.* Ad *d. Cap. in fin.* resp. Vaud. *omnes* intelligendos esse, scilicet liberos ulteriores filiis, et filias quoque si de matris successione agatur, et Cocch. *d. loc. n.* 7 omnes scilicet descendentes. Verba enim ex proxime præcedentibus restringenda, et Rub. *d. Cap.* 2. *n.* 27. quibus dabatur querela, jure naturali, alias in fratribus quoque aucta esset, quod falsum. Sed. huic obsistunt ipsa verba: *quibus quartæ ratio de inofficiosa lege decreta est.* Et dura est, ac coacta nimis universalis voculæ *omnes* restrictio. Quare a priori non recedo, ac ad rationem contrariam. 1.° resp. argumentum fallax esse. Inscriptiones sæpe, a potiori. Crebrius autem est, parentibus liberos superstites esse. Quo, et 2.a ratio corruit. Ad 3.m resp. cessante caussa impulsiva, non ideo dispositio, etc. et facit *L.* 10. *pr. h. t.* Ad 4.m resp. claris non verbis niti *d. C. in fin.* Accedit quod tralatitium sit, regulæ correlativorum locum quoque esse in correctoriis, Sich. *d. loc. n.* 13. Itemque quando duo, vel plura, in LL. antiquis æquiparata, mutato uno, aliud quoque censeri. Sich. *ibid. n.* 14. Ad 5.m resp. *in dd. Nov.* obiter tantum mentio incidit. Nec a positione unius, ad remotionem alterius inde tenet illatio. Quoad fratres, consentiunt Cujac. *in Nov.* 18. Hotom. *Disp. de Quarta legit. Cap.* 4. *n.* 19. Trentacinq. *Lib.* 1. *Pract. Resolut.* *Tit. de Legit. Resol.* 3. *n.* 5. A. Fab. 11. *Err. Prag.* 9 Fach 4. *Contr.* 28. et recte per *d. Cap.* 1. *in fin.* Qui dissentiunt, duarum sunt partium: Priores legitimam fratrum agnoscunt, sed adhuc quartam esse, non trientem, vel semissem contendunt, Wesenb. *in d. Auth. noviss. n.* 12. *et. n.* 37. M Mantua *ibid. p.* 1126. Maret. *d. Cap.* 8. *n.* 9. Vaud. *d. Q.* 50. Rubens *supra n.* 27. Beust. ad *L.* 1. *de jurej. n.* 165. usu ita servari scribens Cagnol. in *L.* 1. *D. h. t. n.* 12. et alii laudati a Fach. *d. C.* 28. moti *d. C.* 1. *in fin.* verbis; *ab initio*, quæ exponunt, jure ordinario. His vero non jure ordinario nec ratione naturali, sed per accidens, odio infamis personæ institutæ, data olim querela. Sed resp. Fachin. *ab initio*, id est juxta LL. priores *L.* 21. *L.* 27. *C. h. t.* Posteriores, nec locum huic quæstioni esse rentur, nec ullam fratrum legitimam agoscunt, sed, etsi tota ea aut amplius quid relictum sit, odio tamen turpis heredis instituti totum testamentum querela everti volunt Castr. et Salic. in *L.* 27. *C. h. t.* ref. Rod. Suarez. *in repet. L. quoniam.* 32. *C. h. t. in Evidentialibus n.* 12. Et probat Battaud. *Tr. Legitimæ C.* 9. *n.* 12. Sich. ad *L.* 27. *Cod. h. t. n.* 10. Gomez. 1. *Resol.* 11. *n.* 37. Vasq. *Lib.* 1. *de Success. creat.* §. 10. *n.* 581. *et seqq.* et relati a Castillo *Contr. Quotid. Cap.* 19. *n.* 16. Chiflet. *de Port. legit. Cap.* 12. quia nuspiam, ait fratrum legitimæ mentio. Nec exinde fuisse convinci, quod querela his data, quia hæc legitima antiquior, vid. *supra n.* 22. Quin odio instituti totam hereditatem illi auferri. Quam eandem rationem quoque in ascendentibus, et descendentibus sequendam eo casu putat. arg. *L. Pacovius.* 3. *pr. si a par. manum.* Hunc casum in parentum, et filiorum personis definitum non esse ob præsumptam eorum pietatem: Exempla vero non deesse Valer. *Lib.* 7. *C.* 7. Sic et Sich. *in L.* 6. *Cod. hoc tit.* tradit hoc uno casu, filio instituto in legitima, querelam tamen dari, si ei in reliqua hereditate turpis persona coheres adscripta; veluti concubina. Et Molinæ. *de inoffic. don. n.* 71. Quod et rationem habere, utut jure defendi nequeat, censet Cucchus *de Legit.* §. *ult. sub fin.* ne deterioris conditionis sit filius contra testamentum patris quam pater contra filii, *d. L.* 3. *pr.* Sed hæc reprobant Suarez *d. loc. n.* 14. Wesenb. *ad d. Auth. noviss. n.* 94. 1.° *per L.* 30. *pr. Cod. hoc. tit.* ibi: *vel aliis personis, quibus eadem actio.* Ergo quibuscunque olim querela fuit, hodie actio legitimæ. 2.° Quia et fratrum legitimæ mentio *Nov.* 1. *in præfat.* §. *ult.* Ad *d. L.* 3. resp. Suarez. *ibidem. n.* 15. casum diversum esse, cum de patre, non quovis, sed emancipati. eodemque in totum præterito loquatur. Quæstioni vero de quantitate quartæ locus est, aliquo in testamento relicto, an scilicet quartam expleat, an repletio petenda sit, etc. add. Cagnol. *ad L.* 1. *hoc tit. n.* 11. Jo. del Castillo *Contr. Quotid. Cap.* 19. *et seqq.* qui plenissime hanc quæstionem excutit. Matt. de Afflictis *Decis.* 204. Thesaur. *Decis.* 128.

totius hereditatis, quasi hæc quarta debeatur unicuique qui præteritus aut exheredatus de inofficioso agere potuit: sed quartam partem portionis ab intestato ei debitæ; aut, ut explicatius dicamus hoc idem cum Ulpiano et Alexandro Imperatore, quartam partem ejus quod ad eum qui queritur esset perventurum, si paterfamilias (25) intestatus decessisset, *L. Papinianus*, *§. si quis mort's*, *D. de inoff. test. L. parentibus*, *C. eod.* Adde, perventurum esset legitimæ successionis jure, ut idem Ulpianus paulo post significat, etsi obscurius, in *d. L. Papinianus* *§. quoniam.*

XXIX. Hæc definitio nobis diligenter expendenda est. Continet enim breviter ea quæ in hoc toto, seu in hac portione ab intestato debita spectari, unde et eam æstimari ac constitui oporteat: quæ si attendimus, tria sunt. Nam primum ostendit, quam portionem hic intelligere debeamus. Secundo loco, quo jure ea haberi debuerit. Tertio, quomodo et quibus deductis ejus quantitas sit æstimanda. Primum docemur, quartam

(25) Quare, qui a successione intestati exclusi, iidem et a legitima, Pet. Heing. *Parte 1. Quæst* 25. *n.* 11. P. Greg. 44. *Synt.* 5. *n.* 1. post alios Tiraq. *de jure primig.* *Q.* 55. *n.* 9. *et seqq.* nisi nominatim lex legitimam excipiat, ut *L.* 5. *§.* 3. *C. ad L. Jul. majest. Nov.* 1. *Cap.* 1. *§.* 1. *et Auth. si qua mulier in fin. Cod. de SS. Ecclesiis.* Chiflet. *de Port. legit. Cap.* 2. Quamquam hæc per se vera; sed vix regulæ exceptio statui debet, ast potius dici in *d. §.* 3. ad partem solam vocari filias in *d. Cap.* 1. *§.* 1. reliquæ hereditatis delatæ prius et acquisitæ partem, hac sola relicta, auferri; in *d. Aut. si qua* non tam a successione arceri liberos, quam nullam esse successionem quæ deferri possit per *Auth. præced.* Ut ita perpetua sit regulæ veritas, quia toto sublato, partem utique una tolli oportet. Tiraq. *d. loc. n.* 10. Et necesse est, ut prius quis sit capax habendæ ab intestato portionis, quam ut legitimæ consequendæ, A. Fab. 12. *Err. Prag.* 5. Ideoque Monachis ordinis Minorum hæc non debetur. Cucchus *§. legitima quomodo sit quota n.* 3. *pag. m.* 23. Chiflet. *C.* 9 *sub. fin.* sive jure communi, sive municipali, vel statuto, nisi hoc specialiter legitimam servet, Chiflet. *d. C.* 2. Tiraq. *d. Q.* 55. Heig. post alios *Q.* 1425. *n.* 25. A. Fab. 12. *Err. Prag.* 6. Ut si fœminæ repellantur, exstantibus masculis. Etsi de hoc varie controvertant, et in contraria propendeant M. Ant. Cucchus *d. loc. pag.* 23. et *seqq.* Mar. Mantua. *de Legit. filior. pag m.* 1137. *et seqq.* Wes. *ad Auth. noviss. Cod. hoc tit. n.* 19. *et seqq.* Rubens ad *L.* 14. *h. t. Cap.* 2. *n.* 11. Albert. Brunus *Comm. super statuto exclud. fœm. Act.* 9. Modo legitimum id sit, et jure validum, juxta ea quæ *supra h. C. N.* 20. Quare statutum generale, quod non aperte removet sed tacite a successione liberos, alios vocando, ex. gr. coniugem superstitem, hanc interpretationem recte accipiet; ut tamen liberis legitima salva sit, quo absurdum evitetur, Wes. *Cons.* 24. *n.* 5. Pingicz. *Q.* 29. Coler. *Decis.* 57. *n.* 54. Quia nec si claris verbis a legitima ipsa hoc casu arceret liberos, eatenus valere deberet. Facit *Nov. Elect. Sax.* 12. *P.* 3. Idem in statuto vocante fratres defuncti ambilateres præ parentibus, quod intelligitur, salva parentum legitima, Myns. 6. *Obs.* 47. sive etiam ex pacto suo, et renunciatione generali successionis paternæ, quando ea valida, aut recte, contra DD. A. Fab 12. *Err. Prag.* 5. add. Cothman. *Jur. Resp.* 99. *n.* 53. *et seqq.* Tiraq. *de Jure primigen. Q.* 55. et confirmat Hart. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 6. *n.* 15. *et seqq.* Dissentit post alios Mynsing. 1. *Obs.* 34. Ludov. a Peguera *Decis.* 138. Quia vero viventis nulla successio, consequitur nec legitimam a patre filium jure desiderare, de quo belle Chiflet. *Cap.* 15. Pinell. in *L.* 1. *Cod. de bon. mat. P.* 3. *n.* 75. Cucchus *§. Legitima an augeatur n.* 5. *et seqq. pag.* 213. *et seqq.* Battand. *Cap.* 8. *n.* 10. *et seqq.* Vasq. 1. *Ill. Contr.* 37. *Moll.* 3. *Semestr.* 6. Padilla ad *L.* 3. *Cod. de jur. et facti ig. n.* 32. Tametsi statutum ut ex maleficio filii teneatur pater condemnationi satisfacere usque ad rationem legitimæ, tenere plerique statuant, teste Padilla *d. loc. n.* 34. M. Mantua *d. Tr. pag.* 1997. Cuccho *d. loc. n.* 13. et quos citat Moller. 3. *Semest.* 6. (ubi limitat *n.* 4. nisi ex filio qui deliquit nepos supersit) cujusmodi tamen statutum Baldo iniquissimum visum, teste Mareto *Tr. Quartarum Cap* 9. *n.* 19. Et quæ pro filio ita solvit pater necessitate coactus, in legitimam imputantur, ex communi Trentacinq. *Lib.* 1. *Pract. Resol Tit. de Legitima, Resol.* 5. *n.* 18. Non æque si ex voluntate, quia caussa pietatis facere censetur. Vid. Io. Gutier. *in Repet. §. sui I. de her. qual. et differ. n.* 39. Legitima quando fisco debeatur ex delicto filii, vid. Horat. Carpan. *in Cap. omnium novar. Const. Mediolan. n.* 245. *et seqq.* Quamvis item, et alios casus excipiant quos petere licet ex P. Greg. 44. *Synt.* 5. Sich. ad *L.* 6. *C. hoc tit. n.* 5. qui eos reprobat, Chiflet. *d. Cap.* 15. Plane si libeat patri in vita assignare legitimam filio, licet, ut *infra n.* 41. Quid si monasterium ingressus pater? Dissident hic interpretes, ut utra receptior opinio sit dignosci facile nequeat, teste Vasq. *d. Cap.* 37. *n.* 10. quem adi et Maret *Tr. Quartarum Cap.* 10. *n.* 2 (qui statim deberi vult) Chiflet. *d. Cap.* 15. *pag.* 837. *et seq.* Cucchus *d. §. n.* 17. *et seqq.* Mantua *d. loc. pag.* 11. Gutier. 2. *Canon. QQ.* 1. *n.* 75. *et seqq.* Goth. Anton. *Disput. de Legitima Th.* 2. *lit. G.* Wes. *in Auth. novis. C. h. t. n.* 81. qui generalius civiliter mortuo patre, non ante legitimam deberi quam morte naturali secuta, per *Auth. si qua mulier C. de SS. Eccles.* Confer. Robert. 4. *Rer. judic.* 16.

hic non esse: nisi portionis ab intestato debitæ: sic enim et hanc vocat Idem Ulpianus in *d. L. Papinianus*, *§. quoniam*. Et ideo si ad eum qui queritur tota hereditas perventura esset ab intestato (finge filium quem unicum pater aut mater habebat, exheredatum esse) is totius hereditatis quartam habere debebit, eaque ejus portio legitima futura est. At si proponas duos filios testatoris quos solos habeat, testamento ejus exheredatos, quemadmodum unusquisque eorum intestato patre mortuo semissem hereditatis tantum haberet, ita unicuique quartam hujus semissis tantum dabimus, eaque portione eum contentum esse jubebimus. Ea autem est uncia et dimidia totius hereditatis: hæc in singulis querelam excludet. Id Ulpianus declarat in *d. L. Papinianus*, *§. quoniam*; in specie hujusmodi avus ex duobus filiis demortuis nepotes habuit, ex primo filio unicum; ex secundo tres. Is uxore aut fratre heredibus institutis, exheredatis nepotibus quibus aliquid legaverat, vita decessit. Nepotes queruntur de inofficioso testamento avi. Objicitur illis: in iis quæ jure legati eis relicta sunt, habere eos quod sufficiat ad quartam legitimam. Cum negarent, quæsitum est, quantum quartæ nomine habere debeant, ut sciatur an hoc ipsum habeant necne; et si habent, querela excludantur. Respondet Ulpianus his verbis; unicum ex primo filio nepotem sescuncia, idest uncia hereditatis et dimidia, unum ex aliis tribus semuncia, idest dimidia hereditatis uncia querela excludit. Hoc Ulpianus ex superiore definitione, et eo quod in *eodem* §. præmiserat, quartam debitæ portionis sufficere ad excludendam querelam. Quod in proposita specie hoc modo accidit. Nam si avus iste intestatus decessisset, ei succederent hi nepotes in stirpes, non in capita. *§. eum filius*, *Inst. de her. quæ ab int. defer.* Ita divideretur hereditas in duos semisses; ex quibus unum ferret nepos ex primo illio solus; alterum tres nepotes ex altero filio haberent: qui si divideretur inter eos, singuli habituri essent duas uncias hereditatis. Quæ ergo est quarta portio semissis? sescuncia, idest uncia et dimidia. Hæc igitur illum unicum ex primo filio nepotem a querela excludit. Rursum duarum unciarum quarta pars quænam est? semuncia, idest dimidia uncia. Proinde et hæc ipsa reliquos neposes tres singulos querela excludet. In quibus cum videamus constanter attribui cuique quartam non hereditatis, (26) sed solum debitæ ab intestato portionis, aperte definitionem ante a se positam hoc exemplo declarat, simul et confirmat.

XXX. Secundo loco in hac portione ab intestato debita ejus quartam quærimus, hoc inesse volumus, ut perventura fuerit non solum ab intestato, sed etiam jure legitimæ successionis. Jure accrescendi si qua pars accedere potuerit, hæc non computabitur ei qui queritur, ut hujus quoque partis quartam accipere debeat. Ut puta, duo sunt filii exheredati. Si ambo ad querelam veniant, effectum est supra singulos legitimæ portionis nomine nihil amplius habere debere quam quartam partem semissis qui ad singulos perventurus erat ab intestato. Quid ergo si unus non queratur, sed querelam repudiet atque hoc modo hereditatem? An non alter qui queritur, quartam habere debebit totius hereditatis? Quidni, dixerit aliquis? Nam si res gereretur ab intestato, is qui queritur, altero repudiante, totam hereditatem obtineret: partim jure successionis, partim jure accrescendi. *d. L. si ex pluribus*, *D. de suis et leg. her.* Dicimus eum contentum esse debere quarta parte semissis ejus, qui ad eum perventurus esset jure successionis legitimæ: nullam ejus qui provenire potuisset jure accrescendi. Nec abs re: quia ea demum portio vere dicitur pervenire ab intestato, quæ jure successionis legitimæ obvenit. Nam quod accedit jure accrescendi, non minus obtingere solet ex testamento quam ab intestato. Et hoc est quod Ulpianus in *d. L. Papinianus*, *§. quoniam*, *de inoff. test.* in his duobus filiis exheredatis quærit, si unus ad querelam ve-

(26) Quando tamen nulli ab intestato successuri, nisi quibus jus querelæ, vel legitimæ petendæ, nil eo casu refert utrum dicas esse quotam bonorum omnium, quæ pro rata inter heres distribui debeat, ut §. *ult.* *l. h. t.* an vero partis ab intestato debitæ ut *L.* 8. *C. h. t.* Utroque enim sermone idem significamus. Refert vero multum, quando aliqui ab intestato successuri, sed quibus jus querelæ non est, una cum iis, quibus est. Veluti defunctus reliquit patrem, matrem et fratres. Ab intestato omnes succederent. Ast nunc patri soli querela, (ponamus quod non tur is heres sit institutus) quam excludit legitima relicta. Interest hic an dicas esse trientem substantiæ pro rata dividendum. Sic enim patri obvenirent duæ unciæ, totidem matri. An vero trientem partis ab intestato debitæ, ubi quisque parentum unciam habebit; et fratres partem eis facient, sicuti facerent si ab intestato admitterentur, vid. Chiflet. *C.* 6. P. Greg. 44. *Synt.* 5. *n.* 6. *et seqq.* Wes. *in Auth. noviss. C. h. t. n.* 36. Thesaur. *Decis.* 172.

niat, et de quarta ejus quæratur an in ea æstimanda partem ei faciat alter exheredatus, qui non queritur, seu qui querelam repudiat. Et ait eum alteri fratri partem facere. Quod nihil aliud est, quam hujus repudiantis semissem non sic æstimari quasi ad alterum fratrem perventurus esset: proinde nec prodesse fratri ad hoc, ut nec ejus quoque semissis quartam patrem accipere debeat. Nam in in usu juris dicitur alteri partem facere is, cujus portio proinde habetur, quasi eam accepisset, eamque jam sibi propriam obtineret, ita ut inde nihil rediret ad alterum nec jure accrescendi. *L. utrum*, *D. de reb. dub.* Quod si in proposito exheredatus qui non queritur, ita partem facit fratri alteri suo ut ad eum hæc portio non esset perventura: perspicuum est hoc dici, nec hujus portionis repudiatæ quartam partem alteri fratri deberi: quia effectum est, nihil amplius eum accipere debere quartæ nomine, quam quartam ejus quod ad eum perventurum esset ab intestato. Notandum vero diligenter, quod hic dictum est ab Ulpiano, eum qui non queritur, alteri fratri partem facere, dictum esse non simpliciter, sed tunc cum de quarta legitima ei qui queritur æstimanda agitur. Diversum (27) est, si de querela a duobus exheredatis movenda ageretur, quo tempore scilicet neuter quartam haberet, possetque ideo uterque de inofficioso testamento agere. Id cum accidit, placet eum qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi ut et Ulpianus loquitur, eum qui non queritur, partem non facere iis qui eamdem querelam movere volunt. *L. 17. L. 16. in pr. D. de inoff. test.* Recte utrunque: quia per querelam hereditas petitur: petitio autem hereditatis datur omnibus qui hereditatem obtinent, nec refert quo jure, utrum successionis suæ, an jure accrescendi, *L. 1. 2. 3. D. de pet. her.* At quarta legitima non debetur totius hereditatis nomine quæ ab intestato obtineri poterat, sed solum ejus portionis, quæ obventura esset ab intestato successionis propriæ jure, ut diximus.

XXXI. Postremo superioris definitionis verba ita sunt; spectari debere eam portionem, quæ intestato pa refamilias mortuo esset perventura. Perveniendi verbum nos admonet, quomodo eam portionem æstimare debeamus. Nam pervenire quid dicitur, non quod quis quovis modo capit, sed quod ita capit ut sit permansurum, unde nec quidquam aliis jure dependere cogatur. *L. aliud est capere*, *D. de verb. sig.* Hinc intelligimus, id quod in jure certo est, portionem ab intestato debitam, cujus nunc quartam quærimus, sic æstimari debere, non ut res singulæ hereditariæ in ea computentur quarum debeatur quarta; sed ut ante omnia de ea portione deducantur hæc, æs (28) alienum, funeris impensa, liber-

(27) Planius hæc declarata *infra C. 9.* ubi vid. *N. 1.*

(28) Quod testator, cuicunque debuit (nam et posterior creditor, nisi sit ex caussa donationis, legitimam petente potior, Asin. *de Exsec.* § 7 *C.* 15) etiam heredi, per *L. 6. pr. L.* ad 8. *l. Falc.* Neque enim confusio quæ aditione contingit, retentionem impedit, Cucchus §. *legitima est quota bonorum n. 23. et seq.* item, quæ ex caussa fideicommissi, pater restituere gravatus, Cucchus *d. loc. n. 22.* Chiflet. *d. Cap. 12. in fin.* arg. *d. l. 8.* Non vero quod heres debet, veluti legata quæ non prius deducuntur, nec legitimam minuunt, cum iis præstandis heres demum aditione se obliget. Cumque ipsa non debeantur, nisi deducto ære alieno, in ære alieno esse nequeunt, Chiflet. *C. 12. pag.* 804. Etiamsi ad pias caussas facta, per *C. ult. cau. 17. Q. 4.* Chiflet. *d. loc.* Cucchus *d. lo. n.* 28. Annæ. Robert. 1. *Rer. Iudic.* 1. Alias facilis ratio erit fraudandi legitimam. Siculi et modum fraudandi tradunt, si nempe pater promittat bona sua alteri post mortem, quia erit æs alienum. Sich. *Ad Auth. noviss. C. h. t. n.* 3. Quod ita admittit M. Mantua *pag.* 1196. Si ex titulo oneroso promittat, ne subjaceat querelæ inofficiosæ donationis, tutam tamen hanc cautelam in animi foro negat, ut et Cuch. *d.* §. *n.* 4. Occasione bonorum quæri potest, num legitima sit quota bonorum, an hereditatis? Prius ex dictis inferri videtur. Quia scilicet hereditas æris alieni aliisque oneribus obnoxia. Ad legitimam vero non ante pervenimus, quam creditoribus omnibus satisfactum. Ergo ex bonis detrahitur, quæ deducto ære alieno dicuntur. 3 9. §. 1. *de V. S.* Ad hæc tempus mortis, in legitima inspicitur *L. 6. C. h. t.* nec augmenta, vel decrementa hereditatis huic prosunt, vel obsunt, ut *not. infra h. C. n.* 47. Denique textus in *L. 2. §. 1. Famil. erc.* de quarta D. Pii cujus, quoad hoc, eadem ratio. Et quarta bonorum pars hæc vocatur *L. 6. C. h. t.* Et ita Sich. *ad d. Auth. n.* 3. M. Mantua *ibid.* vers. *nota sec. pag.* 1089. Maret. 9, *Tr. Quartar. C. 7. n. 6. et seq.* Gail. 2. *Obs.* 120. *n.* 3. tradens filium in legitima non esse proprie heredem; nec dici, nisi quoad exclusionem querelæ et jus accrescendi. Et quia jure hereditario in ea non succedit, ideo non prohiberi venire contra factum defuncti, Wes. *in d. Auth. n.* 92. fuse Cucchus *in d. Auth. §. Legitima est quota bonorum* inde plura inferens Vaud. 1 *Quæst.* 5. *et Q.* 52. *n.* 5. Caguol. *in L. 8. §. quarta h. t. n.* 11. *et seqq.* A Faber. 14. *Err. Prag.* 6. *pag.* 477. *et Cod. Fabriano h. t. de fin.* 6. et passim Menoc. *Adip. poss. Remed.* 4. *n.* 162. Valasc. *Praxi col-*

tales, seu pretia (29) servorum testamento manumissorum: tum deinde quod his deductis reliquum est, intelligatur esse illud totum, cujus partem quartam haberi volumus. *L. Papinianus*, §. *quarta*, *D. de inoff. test.* Quod totum exemplo quartæ falcidiæ recte defenditur: in qua similiter ineunda cum quæritur de quantitate patrimonii cujus quartam heres habere debet ex lege falcidia, quantitas patrimonii ad istum plane modum æstimatur, §. *ult. Inst. de leg. fal.*

XXXII. Cum constituerimus portionem illam ab intestato debitam, tutum illud videlicet, cujus de quarta nunc agitur: sequitur jam ordine quod erat tertium, ut de hac ipsa istius portionis et totius quarta videamus, habeatne eam qui queritur an non habeat. Quæstio in eo est quod proposuimus, quibus in rebus is qui de inofficioso queri potest, istam quartam habere debeat, ut cum eas res habebit, hæ illi in hanc quartam imputentur: sic deinde an hæ inter se collatæ quartam efficiant judicetur. Ita in summa, si de jure hic quæritur, una hæc in hac re quæstio est, quæ res in quartam legitimam imputentur. Et sciendum est ea solum in hanc quartam imputari, quæ ex bonis defuncti capiuntur: cum Justinianus portionem legitimam jubeat esse propriæ defuncti substantiæ trientem aut semissem. *Nov. de tri. et semis.* §. 1. Neque tamen quæ ita capiuntur, et imputantur (30) omnia. Certa ea sunt et definita legibus: quorum tria sunt genera. Primum, si quid ex bonis defuncti jure ipso percipitur, etiam si non judicio testatoris: cujus generis est quarta, quæ ab impubere arrogato ex constitutione Divi Pii (31) capitur. *L. Papinianus*, §.

*Int. Cap.* 17. *n.* 5. *et seqq.* Barthol. Kellenbenz. *de Renunciat. succe s. Q.* 73. *n.* 18. Gilken. *in d. Auth. n.* 5. *et seqq.* ac relati a Castillo *Contr. Quotid. Cap.* 13. *n.* 32. Et recte, tametsi hæc magno errore probari scribat Chiflet. *de Port. legit. C.* 12. maxime, inquit, postquam jure novo titulo institutionis relinquenda. Nam resp non tamen necessaria institutio, in aliqua assis parte, sed in quacunque re, etiam minima sufficit, ut *infra n.* 40. Ergo eo demum casu vere heres filius, cum in certa hereditatis quota scriptus, quæ tamen si legitimam non expleat, ex. g. uncia, non in amplius heres est. Nec si heres ei ex deunce adiunctus, is in sextante heres esse desinit, propter repletionem filio faciendam; sed manet heres, ipsiusque onus est supplendæ legitimæ filio, sine onere. Nam quod Chiflet. sit supplementum, ceu adiectionem et accessorium principalis naturam sequi parum urget. Neque enim ex hereditate jubetur fieri repletio, sed ex substantia. Quare non spectatur, quid filio desit ad trientem hereditatis sed bonorum. Pone: Hereditas continet 1200. Æs alienum absorbet 900. Filius ex uncia scriptus heres coherede dato, ex deunce. Hic quia uncia filii 100. et ita trientem bonorum continet, nihil ei supplendum, ad trientem hereditatis. Alioqui suppletio nihil proficeret filio, tantum oneraret ad 300. creditoribus pro parte sua exsolvenda. Atqui onerari non debet. Pone item: in ære alieno 600. Hic aliquid supplendum in uncia instituto Ast non 300 ut trientem hereditatis habeat, ex quibus deinde 200. creditoribus præstet: sed 100. ut 200. habeat, quæ tertia pars bonorum, sine onere. Quin nec si petens partem hereditatis pro legitima paratus sit pro ea parte onera subire, audiri eum Senatus Sabaudiæ voluit, A. Fab. *d. Defin.* 6. Quod si ex re certa scriptus heres filius, adiuncto ei herede simpliciter instituto, ille legatarii loco est, vid. *supra Lib.* 6. *C.* 18. *N.* 12. Quare quod dicunt heredem esse filium in legitima, sed cui generis, quia onera non ferat, Chiflet. *d. C.* 12. (add. Fachin. 12. *Contr.* 4.) id statuendum non in tota legitima, nisi in toto scriptus, sed in parte ea, qua institutus. Ut in priori exemplo, filius heres vere ratione unciæ. Onera autem nulla penitus fert. Sicuti et si in portione legitima majore scriptus, ex gr. ex semisse, heres quidem est ex tota ea parte: At oneribus non nisi sextantis ratione, obnoxius. Nisi solus institutus sit in legitima, ubi reliqua hereditas accrescit, et necesse est ut etiam legitima capiatur jure hereditario, Coccus *d.* §. *n.* 41. *pag.* 70. Cum eadem res diverso jure censeri non debeat. Quo de fuse, probe declarans Tiraq. *de Nobil. C.* 28. *n.* 11. *et seqq. et de Retr. Lign.* §. 1. *Gl.* 18. *n.* 21. *et seqq.* Menoc. 1. *Arb. Q.* 37. *n.* 8. *et seqq. ac Recup. poss. Remed.* 1. *n.* 36. *et* 2. *seqq.* Diss. aliter Battand. . 5 *n* 7. *et seqq.* statuens partem substantiæ, quam et a bonis et ab hereditate differre vult.

(29) Unde via fraudandi filium, si quia præter servus nihil in bonis habeat, contra quam cautio *in d.* §. 29 de quo vid. Connan. 9. *Comm.* 10. *n.* 2.

(30) Ita et Cucchus §. *quæ sint imputanda n.* 1. *pag.* 135. *et* §. *utrum data, etc. n.* 3. *pag.* 147. sequi argumentum negative. Non est ex substantia patris. Ergo non imputatur. Non vero affirmative. Qui de his fuse tractat *d.* §. *quæ sint etc. ac seqq.* et Bertand. *Cap.* 11. Chiflet. *Cap.* 14. Wes. *ad Auth. noviss. Cod. h. t. n.* 50. Trentacinq. *Lib.* 1. *Pract. Resol. Tit. de Legitima Resol.* 5. Rauchbar. *P.* 2. *Q.* 17. Goveau. ad *L.* 24. *C. Fam. erc.* Cujac. *Cons.* 24. quia ea tantum imputari scribit de quibus specialiter expressum, de quo et *text. L* in *pr. C. de Collat.*

(31) Quam filius habet principali providentia §. 3. *in. fin. v. jubetur I. L.* 22 *D. de adopt.* vid. Chiflet. *C.* 1. *sub fin.* Hoc

*si quis impubes*, *D. de inoff. test.* finge hoc modo. Avus nepotem impuberem ex filia in locum filii arrogavit: quem eum postea sine justa caussa emancipasset, etiam hoc exheredato aliis heredibus institutis decessit. Debetur huic impuberi constitutione Divi Pii quarta bonorum avi. *§. item non aliter*, *Inst. de adopt.* Sed is hac quarta non contentus quasi immerito exheredatus de tota hereditate agit, et de inofficioso testamento avi queritur. Objicitur ei, habere eum quartam partem bonorum avi ex constitutione Divi Pii, aut si nondum accepit, ei offertur; hanc quartam qui habeat eum quartam legitimam habere; hac autem querelam excludi. Negat exheredatus quartam constitutione Divi Pii debitam in quartam legitimam debere imputari, quia judicio testatoris non capiatur. Quæstio, an imputari debeat necne. Placet debere.

XXXIII. Secundum genus rerum in quartam legitimam imputandarum est earum, quæ judicio defuncti capiuntur, quæ præcipue in hanc quartam imputari constat. *L. parentibus*, *C. de inoff. test.* In hoc numero sunt ea, quæ relicta sunt institutionis, aut legati, aut fideicommissi jure: item et quæ donata caussa mortis; postquam donationes caussa mortis per omnia legatis comparantur. *L. inter*, *D. de don. caus. mor.* Indicantur hæc in *§. ult. Inst. de inoff. test. L. si quando*, *§. ult. C. eod. L. si non mortis*, *D. eod*: In eadem caussa sunt, et quæ mortis caussa capiuntur. Ut, si heres institutus sit sub conditione, si decem exheredato daret, et exheredatus acceperit conditionis implendæ caussa: ea illi in quartam (32) imputahuntur, neque legata sunt, neque fideicommissa, neque donata caussa mortis. *L. mortis caussa capitur*, *D. de mor. cau. don.* Sed capiuntur nihilominus judicio testatoris: non enim caperentur, nisi judicio testatoris posita essent in conditione. Qua ratione et hæc eadem in quartam fideicommissariam imputantur. *L. in quartam*, *D. ad leg. falc.* Non obstat, quod Justinianus in *Novel. de tri. et sem. §. 1.* trientem propriæ defuncti substantiæ exigit. Satis enim triens ex propria defuncti substantia capi videtur, cum aut inde recta sumitur, aut pro eo testatur curat aliunde dari tantumdem quod ejus vicem suppleat, aut in eam rem velut compensetur. Idque ipsum ita interpretatur alia Novella Justinianus, puta. *Nov. ut cum de app. cog. §. aliud*, ubi in quartam imputari vult, non tantum quæ testator dedit cujuslibet donationis jure, aut legati, vel fideicommissi; sed etiam jure cujuslibet alius modi. Constat autem fideicommissa de bonis rogati relinqui solere. Sed et si quid extra donationem legatum: et fideicommissum alio modo a testatore datur, id ipsum est quod mortis caussa capitur, *d. L. mortis caussa capitur*, *D. de mor. cau. don.* Quare et hoc ipsum non minus quam fideicommissum vult Justinianus in legitimam portionem (33) imputari, idque etiam postremis suis legibus. Ut iisdem legibus illud idem superius statuat, omnia quæ judicio defuncti capiuntur, in quartam legitimam imputari. Habet tamen hoc genus nonnullas exceptiones. Nam neque superiora omnia imputantur in quartam, neque omnibus.

argumento dici potest recte ab Aug. Sax. Elect. statutum *Nov. sua* 11. *P.* 3. Utensilia quoque in legitimam filiæ imputari, ubi vid. Moller. et Rauchbar *P.* 2. *Q.* 17. etsi obloquatur Goth. Anton. *Disp. de Legit. Th.* 4. *C.* 4.

(32) Diss. Maret. *Tr. Quartar. C.* 16. *n.* 10. *pag.* 140. Cucchus §. *Quæ sint imputanda n.* 8. *et seqq. pag.* 138. *et seqq.* non imputari sentiens, sive ab extraneo præstanda sint, sive ab herede. Etsi enim tunc nullam dilationem patiatur solutio; superest tamen, ait, ratio quod non debeat legitima ab aliena potestate et quodammodo casu pendere. Qua et ex ratione nec imputari censet, etsi data sint ex substantia paterna. *ibid.* §. *utrum data pag.* 145. *et seqq.* Chiflet. vero *Cap.* 14 *pag.* 827. illa non imputari censet, hæc ita, ut et Trentacinq. opinionibus relatis *Lib.* 1. *Pract. Resol. Tit. de Legitima Resol.* 5. *n.* 9 Certe ratio Cucchi non stringit. In omnem namque eventum filio satis prospectum. Nam si heres det quæ dare jussus, se conditioni pareat, Id consequetur filius. Quod si parere renuat, cessante conditione institutionis, filius totam hereditatem ab intestato habiturus. Quare multo magis eo casu imputabitur, si filius institutus rogatus hereditatem restituere acceptis 100, tametsi et hic diss. Cucchus §. *Quibus in rebus, etc. n.* 13. *pag.* 8. eo quod legitima a die mortis debeatur ipso jure, nec temporis intervallum admittat, nec a potestate pendere debeat, quodque vocula ex *substantia* caussam proximam, non eam quæ veluti per longam seriem fit, denotet, *L.* 59. §. *ult. de pecul.*

(33) Diss. et hic Cucchus §. *utrum data n.* 19. *pag.* 154. Pone: Legatum patri a Titio, ai decem dederit filio. Hæc decem, ait, etsi ex substantia patris, tamen filius non habet ut filius, nec ex caussa patris, sed ab eventu et ex quadam caussa adventitia. Quin nec proprie dici possunt profecta ex substantia patris, qui consequutus est legatum loco decem horum datorum.

XXXIV. Primum jure vetere non omnia. Excipiebantur olim, quæ ita relicta erant exheredato vel præterito, ut ea rogaretur (34) restituere alteri. *L. Papinianus*, §. *unde*, *D. de inoff. test.* Nec immerito; cum rogatus ea restituere cogeretur: non videatur autem quisquam capere id quod mansurum non est, sed necesse habet alii restituere. *L. aliud est capere*, *D. de ver. sig. L. non videtur quisquam*, *D. de reg. jur.* Unde non dubium, quin nata sit veteribus illa dubitatio, de qua Ulpianus respondet in *L. Papinianus*. §. *si quis impuberi*, *D. de inoff. test.* Pater filio impubere herede instituto, ei secundis tabulis heredem substituit. Quæritur, an ob hoc admittere debeamus impuberem ad inofficiosi querelam. Sed cur dubitamus? quia nihil interesse videtur, inquam, utrum hereditas patris ad alium redire debeat ex patris fideicommisso, an vero ex ejus substitutione. Jam autem diximus, quod quis ex caussa fideicommissi restituere rogatus est, non videri eum cepisse. Et respondet Ulpianus non ob hoc impuberem ad querelam inofficiosi admittendum. Recte Nam fideicommisso testator adimit, quod prius dederat. Pater autem heredem substituendo impuberi, nihil ei adimit, sed adjicit potius. Dat enim ei heredem, quem si a patre filius impubes non accepisset, nihilominus jure aut hunc aut alium esset habiturus. Nata hinc quoque dubitatio *L. si pater puellæ*, *C. eod.* Proponebantur enim filius et filia, heredes instituti et rogati, ut si quis eorum intra viginti quinque annos ætatis decederet, superstitibus portionem suam restitueret. Dubitabatur igitur nomine filiæ, quæ ex triente solum instituta fuerat, an posset de inofficioso agere, quam ad rem jus superius illam admittere videbatur, quia et eam portionem, ex qua erat instituta, rogata esset restituere. Et rescriptum est hic querelam inofficiosi cessare: non quia mutaretur jus superius: sed quia in proposito esset reciprocum fideicommissum inter fratres, ut quantum quisque rogatus esset restituere alteri, tantum vicissim ab illo acciperet, aut amplius. Hodie hæc exceptio, proinde et omnis superior dubitatio, quæ inde nascitur, constitutione Justiniani (35) sublata est. Nam is de omnibus quæ relicta sunt iis qui de inofficioso testamento queri possunt, hoc cavit, ut de his rebus usque ad quantitatem legitimæ portionis subducatur omnis conditio, dilatio, omnis denique adjectio moram vel quodcunque onus inferens, quæ a testatore injecta fuerit institutioni, legato aut fideicommisso: hæc ille, in *L. quoniam in prioribus*, *C. de inoff. test.* In quo hæc illum constituisse apparet, ut quæ sub conditione aut in diem relicta sunt, pro puris (36) habeantur: quæ autem relicta sunt ita, ut vicissim quid

(34) Ubi tamen, si post tempus restituere gravatus, medio tempore percepti fructus olim imputabantur *d. n.* 11. Quod primo temperatum, quoad liberos primi gradus *L.* 6. *pr. Cod. ad Trebel.* Pac. 3. *Q.* 33. postea omnino correctum, per *L.* 36. *in pr. Cod. hoc titul.* Ut non imputentur fructus, quia testatoris nunquam fuerunt, ideoque nec ex substantia ejus sunt, Cucchus *d.* §. *utrum data n.* 38. *et seq. pag.* 161. M. Mantua vers. *nota tertio pag.* 1091. add. Hot. 4. *Obs.* 20. Ant. Quetta *Cons.* 23. Fachin. 12. *Contr.* 70. *et* 2. *seqq.*

(35) Et ita quod *d. L.* 12. antiquata sit, statuit Sich. *ibid. n.* 7. P. Greg. 44. *Synt.* 5. *n.* 28. Roder. Suarez. *in Repet. L. quoniam* 32. *Cod. hoc tit. ampliat.* 6. *n.* 5. Ubi refellit contra sentientes, quos refert et sequitur Fach. 5. *Contr.* 27. Quorum ratio. 1.° Dispositio *d. L.* 32. inducta ne testamentum everteretur. Ergo gravamen debet rejici eo casu, quo alias querelæ locus foret. At in specie *d. L.* 12. cessat querela. Resp. Suarez. dispositionem *d. L.* 32. generaliorem esse, quam ut ita coarctari debeat. Cum ratio non utique restringat dispositionem. Neque ratione ea sola uiti, sed et alia posita in favora filiorum. Consulere sane *d. L.* 32. iis solis, qui vocantur ad querelam: at non in iis casibus solis, quibus vocantur. Cum inter omnes conveniat, conditionem potestativam quoque rejici, ubi tamen jure antiquo locus non erat querelæ. 2.° Objic. Fideicommissum reciprocum non est onus, quia commodum adferre potest. Multaque ratione dubii eventus licita *L. si ea* 14. *C. de Usur.* Tiraq. *in L.* 8. *de revoc. don.* v. *donatione largitus n.* 131. Resp. Etsi ex eventu possit sperari commodum, is tamen incertus, ideoque onus respectu futuri eventus. Necessario enim damnum est ex parte unius prius decedentis, eo ipso quia est commodum ex parte superstitis. Ad hæc *in d. L.* 12. neuter potest disponere de bonis pro legitima relictis, neque inter vivos, neque ultimo elogio, quod grave onus. Instas. Actus indifferens, qui se æqualiter habet ad commodum et damnum neutrum lædit, etsi ex eventu damnosus *L.* 12. *C. de transact.* Resp. Verum hoc in restitutione in integrum, quæ læsionem ab initio requirit *L.* 11. § 4. *de minor.* Deinde ibi de remissione spei agitur. Hic species contraria est.

(36) *Leg.* 36. §. 1. *Cod. hoc tit.* Qua de re pluribus Gomez. 1. *Resol.* 11. n. 24. *et seqq.* Covar. *in C. Raynald.* 18. §. 2. *extr. de testam.* Ant. Gabr. Rom. *Lib.* 6. *Comm. Conclus. Tit. de Legitima Conclus.* 1. Gail. 2. *Obs.* 119. Battand. *Tr. Legitimæ Cap.* 10. Goth. *ad Nov.* 18. *Cap.* 3. Maret. *Tr. Quar-*

præstet is qui accepit, aut ita ut is rogetur ea restituere, in his idem et cui hæc relicta sunt, usque ad quantitatem legitimæ neutrubi ea præstatione aut restitutione obligetur. Qua præstationis et restitutionis necessitate sublata, nulla potest in posterum dubitatio adferri, cur non debeat relictum imputari in quartam, postquam ita datum est ut et purum sit, et sit etiam porro integrum mansurum.

XXXV. Sed nec omnia, quæ jure legati aut fideicommissi relicta sunt, in quartam imputantur liberis. Excepit Justinianus ea quæ non ex substantia patris, sed aliunde filio obvenerunt, quamvis judicio patris: puta vel ex substitutione, vel jure accrescendi: hoc in *L. pen.* in pr. illic, *Repletionem autem. C. de inoff. test.* Ex substitutione, intellige fideicommissaria: veluti, si quid Titio legatum sit, et rogatus Titius

*tar. Cap.* 14. fuse Cucchus §. *Legit. nullum gravamen pag.* 330. *et seqq.* Vasq. *Lib.* 1. *de Success. creat.* §. 10. *n.* 196. *et seqq.* fusissime Rodericus Suarez. *In Repetitione d. L. quoniam* 32. *Cod. hoc tit.* sic et quando dos legitimæ vicem subit, pure ea et sine conditione debetur, ut et innuba eam transmittat ac de ea recte testetur. vide Rauchbar. *Parte* 1. *Quæst.* 38. *n.* 37. Olim quidem ex caussa oneris vel dilationis, si legitima incommodo cederet, querela dabatur, cum minus acciperet qui tardius. Connan. 9. *Comm.* 10. *n.* 1. Ipso vero jure subducebatur onus in una specie legitimæ patroni *L.* 28. *de L.* 2. Ratio, quia is per bonorum possessionem contra tabulas non rescindebat testamentum in totum sed pro sua legitima. Intererat igitur ipsius potius tolli gravamen ipso jure. Filio autem expediebat querela uti, ad totum testamentum subvertendum. Gomez. *d. C.* 11. *n.* 24. Suarez *d. Repet. in Evidentialib. n.* 17. ubi dicit non quodvis tamen gravamen remotum olim, ex *d. L.* 28. sed fideicommissi, nec cujusvis, sed relicti extraneo, non si liberis liberti, aut parentibus *L.* 64. *in fin. ad Treb. L.* 4. *pr. de cond. et dem. vel.* §. 3. *Instit. de success. libert.* Quin et hodie gravamen ipso jure, quod olim querelam non pariebat, ut si filius qui in potestate, sub conditione potestativa institutus est, de quo Suarez *ib. ampliat* 1. Male vero Gov. 1. *Var. Lec.* 5. *n.* 19. Patrem posse filio quem in potestate habet, in legitima, post pubertatem, verbis fideicommissi substituere. Nec juste dubitat Guido Papæ *Q.* 203. an quæ per actionem expletoriam adepti liberi, veniant in fideicommissum universale. Non venire certum est, cum sint pars legitimæ, proinde ejusdem juris cujus totum. Pejus, qui filio heredem ex asse instituto, alii usumfructum omnium bonorum relinqui posse. Nam immo nec usufructu portionis defraudare licet, *auth. noviss. Cod. hoc tit.* Nec dici potest, quod quanto plus in proprietatem relictum, id compensari debeat cum eo quod deest in usufructu. Nam etsi plus legitima relictum onus, ad usque ejus quantitatem subducitur, ac tenet tantum in residuo *L.* 36. §. 1. *C. h. t.* Suarez. *in d. rep. ampl.* 6. Quare si uxori legatus ususfructus omnium bonorum, ex eo detrahitur triens, etsi, quod olim secus fuerit, argui putent ex *L.* 37. *de usufr. leg.* quam correctam statuunt Cujac. *in Nov.* 18. *pag.* 99. Sich *ad d. Auth. noviss. n.* 25. Suarez. *d. loc. ampl.* 3. add. Gomez. 1. *Resol.* 11. *n* 26. Ant. Quetta *Cons.* 49. Castillo *de Usufr. Cap.* 35. *n.* 11. *et seqq.* Moller. 3. *Semestr.* 11. Confer. Fr. Vivius *Libr.* 3. *Decis.* 420. Sed si conditio aliqua adposita non onerosa filio, sed in favorem ejus, non detrahitur, ut *L.* 25. *Cod. hoc tit.* Quam non correctam statuunt. Vide Suarez. *d. loc. Limit.* 1. Hinc et prohibitionem testatoris, ne filius alienet bona donec ad legitimam ætatem pervenerit, valere tradunt etiam in legitima, post alios Barth. Romuleus *Tr. de Testator. præceptis bona alienari inhibentibus n.* 8. Quid igitur, si filius approbavit gravamen? siquidem post mortem ita ei nocet, si specialiter arg. *L.* 35. §. 2. vers. *nisi hoc C. h. t.* Quod si in vita patris, non nocet quia et hic rationibus *d. L.* 35. §. 1. locus est, de quo multis Suarez. *d. lo. ampliat.* 10. *n.* 27. *et seq.* Plane solo lapsu temporis gravamen approbatum non censetur (ut nec per approbationem testamenti in quo onus adjectum, Fachin. 12. *Contr.* 6.) Nam cum ipso jure subducatur, nulla impugnatio necessaria. Proinde etsi relictum onere adjecto, simpliciter acceptaverit filius; transmittit tamen ad suos liberum, sine onere, etsi in tota vita sua, etiam ultra triginta annos, nullum actum contrarium fecerit. Quamquam enim actio expletoria tricennali præscriptione tollatur, interest tamen, inter id quod deest expletioni legitimæ, et aliud onus conditionis, dilationis, vel restitutionis eidem adjectum. Illic etsi ipso jure non minus fiat repletio, in effectu tamen fieri nequit, nisi petatur. Ergo tricennio, ejus petitioni præscribitur. Hic vero id non necesse est, quia sine petitione removeri potest, eo ipso quod effectus illi negatur. Veluti gravavit filium pater ne legitimam alienet, vel ut in illa frater succedat. Huic removendo oneri nullo facto opus. Quippe etsi per 30. vel plures annos non alienavit; non ideo prohibitioni acquievit, cum alienatio res sit meræ facultatis et arbitrii. Etsi idem non declaravit se nolle ut frater sibi ex dispositione patris succedat, non ideo in illis bonis frater, si qui propiores potioresve isti heredes, quidquam sibi jure vendicat. In hanc sententiam prolixo ast impolito sermone bellissime Suarez. *d. amp.* 10. *n.* 1. *et seqq.* ubi *n* 10. contra statuit, si filii vel nepotes testatoris per longum tempus possidentes servassent onus adpositum: unde tacitus consensus arguitur, ceu memorabili facti specie, quam subiit *n.* 11. *et seqq.*

id post aliquod tempus filio (37) restituere. Jure accrescendi in ususfructu, quo etiam exemplo Justinianus utitur, veluti si pater filio et Titio legaverit fundi Tusculani usumfructum: deinde Titius quæsitum usumfructum amiserit: nam et constitutus et postea amissus ususfructus nihilominus jus accrescendi admittit. *L.* 1. §. *interdum*, *D. de usuf. acc.* Hæc, inquam, excepit Justinianus, quia nec quod sibi legatum rogatur Titius restituere, id amplius non est patris. sed solum Titii, etsi is fideicommisso obligatur: nec ususfructus amissus, unquam fuit patris. Quod si quid ex substitutione, aut jure accrescendi ita obveniat filio, ut sit ex judicio et substantia patris, id ad exceptionem Justiniani non pertinet. Finge filium ex una uncia institutum heredem, Titium ex duabus, et si Titius heres non esset, filium substitutum. Titio hereditatem omittente, sic duæ unciæ ex quibus institutus erat, jure substitutionis ad filium pertinebunt, ut accedant ex substantia patris: quippe quæ Titio nunquam quæsitæ semper in bonis defuncti (38) manserint. Unde et ex substitutione vulgari dicitur substitutus testatori ipsi heres esse, non heredi cui substitutus est. *Inst. de pup. subst* in pr. Quamobrem etiam ex definitione Justiniani dicemus, quanvis ex substitutione obtigerint hæ unciæ, tamen quia pervenerunt ex substantia patris, eas non minus in quartam imputari. Idem dicemus de aliis omnibus (39) extra usumfructum, quæ obvenerunt jure accrescendi. Ut puta, filio et Titio pater legavit fundum Tusculanum. Deficiente Titio, ejus portio filio accrescet, ut jam totum fundum habeat filius, si suam partem agnoverit. Quid ergo inde in quartam imputabitur filio? Totus fundus, idest et ejus portio, et quæ jure accrescendi accessit. Nempe quia et hæc ex substantia patris, cum nunquam Titio quæsita fuerit, et non minus judicio testatoris capitur; cum conjunctis solidum legari intelligatur ab initio, etsi concursu partes faciunt. *L. conjunctum*, 80. *D. de leg.* 3. Tunc ergo demum ex constitutione Justiniani non imputantur in quartam ea quæ ex substitutione aut jure accrescendi obvenerunt filio, cum eadem non ex ipsa substantia patris, sed aliunde obvenerunt. Sed observemus etiam de his ipsis rebus ita esse constitutionem Justiniani, ut quod vetat ex his repletionem quartæ fieri, et quod idem est, istam in quartam imputari, id nominatim tribuat filio adversus testamentum patris et aperte dicat id se sancire humanitatis gratia. Ex quo intelligere hoc jus proprium esse liberorum, et ad parentes aut fratres non esse transferendum, quoties de quarta eorum æstimanda agetur. Quid ergo in his fiet? Revocandi sunt nimirum ad jus commune, quo efficitur. omnia in quartam imputari quæ judicio testatoris capiuntur; omnia denique quæ aut jure hereditario, aut jure legati, vel fideicommissi obvenerunt voluntate testatoris. *L. parentibus*, *C. de inoff. test.* §. *ult. Inst. eod.* Quo in munere constat esse quæ ex substitutione, aut jure accrescendi capiuntur. Nam et directa substitutio institutio est. *L. mulier*, §. *ult. D. de cond. inst.* et fideicommissaria nihil nisi fideicommissum. *L. coheredi*, §. *cum filiæ*, *D. de vulg. et pup. subst.* et jus accrescendi in legatis, non nisi jus totius

(37) Non placet; Alias pene nulla fideicommissa imputarentur. Quin dilatio hic potius, et dies detrahitur, ut purum reddatur fideicommissum, per ea quæ *N. præced.* Et imo longe major ratio ut hæc imputentur, quam data conditionis implendæ caussa, ut *supra N.* 32. Aptius vulgo accipiunt substitutionem pupillarem; ubi pater filio vel nepoti impuberi fratrem, vel patruum (suum item filium) substituit. Hic quod ex substitutione acceperit de bonis pupilli, aliunde quam a patre communi profectis non imputat, quia etsi ex testamento patris, non tamen ex substantia, Battand. *C.* 11. *n.* 28. Maret. *Tr. Quartar. C.* 16. *n.* 8. Potest et accipi de fideicommissaria ea, qua pater ab alio gravatus est filio restituere, sive ab avo forte, sive ab extraneo facta sit, Chiflet. *Cap.* 14. *pag.* 818. Cucchus §. *Quæ imputentur. n.* 3. *et seq. pag.* 136. Nam in quibus bonis avitis fideicommissi jus prætendit filius, ea extra legitimæ portionem sunt: Per fideicommissum namque succeditur ei, qui relinquit, non qui gravatus restituit. Vera hæc. Sed prior acceptio verbo *substitutionis d. l.* 36. *pr.* convenientior, quia absolute posita ubique directum significat.

(38) Neque substitus heres est prioris instituti, ut in pupillari, sed ipsius testatoris, Maret. *Tr. Quartar. C.* 16. *n.* 8. Bart. in *L.* 91. *l. ad Falc.* ref. Cuccho *pag.* 169. *n.* 1. ideo vulgarem imputari, quia detracta conditione, per *L.* 32. *C. h. t. ut supra N.* 36. pura fiat institutio. Quæ reprobant Cucch. *ibid.* et Battand. *d. C.* 11. *n.* 29. volentes nec hanc imputari, quia etsi reduceretur ad institutionem, a testatore tamen, uti substitutio manarit.

(39) Consentit et confirmat Maret. *Tr. Quart. C.* 16. *n.* 9. Diss. Battand. *d. C.* 11. *n.* 31. post Castr. quia jus accrescendi ex tacita substitutione. Nullam autem substitutionem imputari credit, ut *N.* 35. *pr.*

legati percipiendi. *d.* §. *si eadem*, *Inst. de leg.* Nec cæteris quidquam proderit superior constitutio Justiniani. Nam cum hi pertinuerint antea ad jus commune, necesse est etiam nunc in his eodem nos jure uti, nisi specialiter ab eo jure recessum probetur. *L. præcipimus*, in fin. *C. de app.* Id vero constat superiore constitutione factum non esse, quæ nominatim scripta est de filio, cui et consulere se dicit propria ratione, dum ait id se sancire humanitatis gratia. Sit ergo superior exceptio propria liberorum.

XXXVI. Est et in his in hoc genere altera. Nam ea ipsa quæ judicio patris et ex ipsa ejus substantia capiuntur, si capiantur solum jure legati, aut fideicommissi, effectum est constitutione Novella Justiniani liberis ita demum in quartam imputari, si hi aut exheredati sint, aut quantacunque ex patre heredes instituti: quod si cum exheredati non essent, ne instituti quidem fuerint, non imputari: proinde quantacunque ea relicta fuerint, tamen rescindi testamentum, quasi nulla re relicta, quæ quartam aut quartæ partem efficiat. Hæc sine dubio sententia Justiniani est in *Novell. ut cum de appellat. cognit.* §. *aliud quoque capitulum.* Vult enim liberos omnes institui aut exheredari. Quod si neutrum factum sit, nihil prodesse testatori, si liberis aliquid reliquerit titulo legati aut fideicommissi. Et ut quid hic sentiat, intelligamus, subjicit in §. *sive igitur*, si hæc ita facta non sint, constituere se ut testamentum irritum fiat. Ergo plane hoc sentit, ista legati aut fideicommissi titulo relicta in quartam non imputari. Nam si imputarentur, non esset ad testamentum rescindendum querelæ inofficiosi locus; sive quartam illam explerent, quia quarta integra querelam excludit: sive non explerent, quia tunc solum ad id quod deest supplendum ageretur. *L. omnimodo*, *C. de inoff. test.* de quo postea. Sed refragari huic sententiæ videtur altera ejusdem Justiniani constitutio Novella *de trien. et semis.* §. 1. ubi diserte cautum est, omnia liberis in quartam imputari, quæcunque ex substantia testatoris capiuntur, sive capiantur institutionis jure, sive legati, sive fideicommissi. Qua ex re factum est, ut superiore sententia admissa, plerique existimarint has constitutiones hactenus esse contrarias. Quod si quis putat, tamen is sic habeat, nihil istam constitutionem priori illi sententiæ obstare. Prior est enim hæc constitutio *de triente et semisse*; posterior illa, *ut cum de appel. cognos.* Constat posteriores leges prioribus derogare. *L. ultim. D. de const.* pr. Sed hæc defensio non est necessaria. Nihil enim est, ut superiora verba sunt, inter istas constitutiones contrarii. Fatendum est liberis omnia imputari in quartam, tam quæ jure legati vel fideicommissi capiuntur, quam quæ jure institutionis. Hoc non negat Justinianus in Novella posteriore, sed quomodo accipiendum sit ostendit. Non enim illic exigit, ut liberi instituantur ex tota quarta: satis habet, si vel (40) minima

(40) Expedite. Convenit Walt. 1. *Misc.* 9. etsi ad finem capitis valde nutet, ac hæsitet. Curchus § *quo titulo etc.* n. 3. *pag.* 233. ubi ex glossa refert posse institui in duobus nummis, et Sich. ad *L.* 6. *C. h. t. n.* 2. si vel in uno nummo institutus, excludi querelam et Menoc. *Adip. poss. Remed.* 4. *n.* 123. ac idem Sich. *in Auth. noviss. C. h. t. n.* 22. posse in aliqua parte institui. (Diss. Hot. *Disp. de Quarta legitima C.* 6. *n.* 34. et contra Tolosæ judicatum refert, Maret. *Tr. Quartar. C.* 72. *n.* 6.) Siculi hodie sæpe filiæ in dote instituuntur, quæ pluries non explet legitimam, et Vigil. in § *non seu pr. I. de exher. n.* 2. Atque hæc de institutionis titulo crebrior opinio est, licet in eo, an veteri jure idem fuerit, an non (quod magis puto *L.* 8. § 6. *L.* 25. *D. h. t. et simil.*) nonnihil certent. Adi præter relatos, Cujac in *L.* 18. *de lib. et postum. et in Nov.* 18. *Pragm.* 103. Connan. 9. *Comm.* 10 *n.* 2. Myns. in §. *ult. I. h. t. n.* 3. Vult. *ibid. n.* 3. Gomez. 1. *Resol.* 11. *n.* 2. Coras. ad *L. filium* 24. *C. Fam. erc. tit. legitima n.* 82. *et seqq.* Simon. de Prætis *Lib.* 3. *de Interpret. ult. volunt. Interpr.* 1. *dubitat.* 1. *solut.* 1. *n.* 4. Vasq. 3. *Ill. Contr.* 106. *n.* 2. *et seq. et Lib.* 1. *de. Success. creat.* §. 10. *n.* 189. *et seqq.* et fuse *L.* 2. §. 20. *Requis.* 52. *etc* Anton. Quetta *Cons.* 26. Io. Gutier. *de Juram. confirm. P.* 2. *C.* 3. Barthol. Kellenbetz. *de Renunciat. success. Q.* 3. *n.* 24. *Et seqq.* Thesaur. *Decis.* 58. Sixtin. *Cons. Marp.* 19. *n.* 21. *et seq. Vol.* 2. Balduin. ad §. *tam a. et seqq. I. h. t. n.* 23. Mar. Mantua in *Auth. novis. C. h. t. pag.* 1086. Gilken. *in d. Auth. n.* 27. *et seqq.* Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 9. *P.* 3. Reiner. Bachov. *Disp. Miscell. C.* 16. Ratio quia titulus hic tum honorabilior, de quo *supra Lib.* 6. *Cap.* 19. *N.* 1. (cum et nota exheredationis, non temere inuri debeat, unde elogium in testamento scribi et probari necesse est. Cujac. *in d. L.* 18.) tum, ob jus accrescendi, fortior, atque utilior. Adversa tamen non paucorum opinio, vid. Vand. 1. *Q.* 5. Forcat. *Dial.* 35. Battand. *Tr. Legitim. C.* 9. A. Fab. 15. *Err. Prag.* 6. ubi audacter nimis, contra ipsum Imperatorem pugnat et 35. *Err. Prag.* 3. Goth. Anton. *Disp. de Legitima Th.* 2. *lit. C.* Quorum rationes expendere institutum non fert. Er-

ex parte instituantur: quod reliquum est, patitur id liberis legari, aut per fideicommissum relinqui. Quod cum ita sit, si quem filium institutum ex una uncia proponas, et eidem quædam legata aut fideicommissi titulo relicta, recte dicetur etiam secundum posteriorem hanc constitutionem omnia hæc in quartam imputari. In quo apparet hoc ipsum dici, quod priore illa constitutum est.

XXXVII. Tertium genus rerum imputandarum est earum, quæ a testatore inter vivos donatæ sunt ei, qui potuit querelam inofficiosi movere: sed ita, si donatæ sint nominatim hac lege (41) ut in quartam imputentur. *L. si quando*, §. *ult. C. de inoff. test.* §. *ult. Inst. eod. L. si non mortis, D. eod.* Cætera hac lege inter vivos non data non (42 imputantur. Tria excepta Justiniani constitutionibus; dos filiæ (43)

rorem vero conspicuum ertat Treutl. *Vol.* 1. *Disp.* 13. *Th.* 12. *lit. A.* dum has opiniones ita concilint, quo posterior obtineat, quando caus a exheredationis adiecta, atque ab herede probata: Tum satis esse, si legitima quoquo titulo habeatur. Incommodis sime; quia hoc casu ratum testamentum, etsi nihil quidquam ullo titulo relictum. Frustra vero quæritur quo titulo relinqui debeat eo casu, quo nulla relinquendi necessitas. Sed nec conciliato Wesenbecii *ad Rub. Cod. h. t. n.* 82. *et ad Aut. noviss. n* 62. admitti potest quemvis titulum satis esse ad excludeodam querelam. Institutionem vero requiri ad sustinendum testamentum: Testamentum enim nullum, non ex cujusvis filii sed tantum sui heredis præteritione, ut *supra Lib.* 6. *Cap.* 13. Num vero idem titulus requiretur in parentibus? Et hoc communius est, licet plusculi renitantur. Sich. *ap d. Auth. noviss. n.* 12. *et seqq.* Rubeus *ad l.* 14 *h. t. C.* 2. *n.* 28. Thesaur. *d. Decis.* 58. Valasc. *Tomo* 1. *Cons.* 61. *P.* 3. Cucchus §. *quo titulo parentibus etc. pag.* 310: Hart. Hartmanni *tit.* 46. *Obs.* 6. Fachinæ. 4. *Contr.* 30. Quetta *Cons.* 23. *n.* 6. Quos sequutus est D Augustus Sax. Elector. *Nov. sua* 9. *P.* 3. eandemque solemnitatem necessariam esse vult Gilken *in d. Auth. n.* 37. etsi statuto aucta vel mutata sit hæc portio. Quid si verbo communi testator usus, dicens se *relinquere*, non adiecto quo titulo? vid. Gilken. *d. lo. n.* 39. *et seqq.* Mantua *d. lo. pag.* 1121 Apud nos decisa quæstio est secundum testamentum. *d. Nov. Sax.* 9. *P.* 3. Tradit exceptionem, Sich. *d. lo. n.* 18. Si testatus ad pias caussas, alio titulo hanc reliquit et *n.* 19. *et seq.* Si clausula codicillaris adjecta, vel illa, ut valeat omni meliore modo; et Cucch. §. *data inter vivos pag.* 205. unde Questio quid in testamento inter liberos. vid. not. *infra C.* 8. *N.* 3.

(41) Hinc tradunt posse patrem, si velit, filio in vita sua legitimam assignare. Quo casu, itemque quando cogitur ex delicto forte filii vigore statuti legitimam solvere (vid. *supra N.* 25.) spectari tempus, quo præstatur vult. Wes. *ad Auth. noviss. C. h. t. n.* 32. et Mod. Pist. *Cons.* 2. *n.* 33. *Vol.* 2. Ut nec auctæ postea facultates patris ei prosint, nec diminutæ noceant. Quod P. Greg. 44 *Synt.* 5. *n.* 4. ita statuit, si renunciatio jurata accessit Et Cucchus §. *Legitima an augeatur n.* 4. non negari ei suppletionem, etsi pro modo facultatum, quæ tunc fuerunt, integra persoluta sit, filiusque reliquæ successioni renunciavit, nisi jusiurandum accesserit, et nisi ex causa delicti soluta sit, add. Battaud. *C.* 8. *N.* 22. M. Mantua *in Auth. noviss. pag.* 1103. *et seqq.* Covar *in C. quamvis de pact. in* 6. *P.* 3. *relic.* §. 1. *n.* 3. A. Fab. 12. *Err. Prag.* 2 Quid si hanc legitimam filius perdidit? Diss. Cucchus. §. *potest præterea p.* 414. *et seqq.* culpane sua prodegerit, an casu fortunæ adverso amiserit, add. Battand. *d. C.* 8 *n.* 20. Aut. Quetta *Cons.* 90. *n.* 6. Fr. Menoch. *Variar. comput. C.* 18. *n.* 8. Etsi vero filio pater vivus legitimam præstitit, præteritione tamen omnimoda ejusdem testamentum non minus vitiari verius est, cum institutio omnino requiratur, ut *N. præced.* et ita post Molinæ. Myns. 6. *Obs.* 62.

(42) Vid. Chiflet. *de Port. legit. C.* 14. *p.* 1124. *et seqq.* qui recte contra Bartolum semper esse simplicem ad hoc ne imputetur, nisi legitimæ contem latione celebrata dicatur, Battaud. *C.* 12. Cucchus § *Data inter vivos pag.* 176. *et seqq* Imputari tamen volunt quæ filiofamilias facta est, quia morte confirmata vim relicti habeat, Covar. *in C.* Raynald. 18. §. 2. *extr. de testam. n.* 13. Chiflet. *d. loc. pag.* 828. Cucch. *d.* §. *n.* 4. Roder. Suarez. *in Repet. L. quoniam* 31. *C. t.* in *declar legis Regni Q.* 5. *n.* 5. Contra tamen Coras. *ad L. filium* 24 *C. Fam. erc. tit. Legitima n.* 107. *et seqq.* Et recte, tum quia mens ea donantis, ut filius præcipuum haberet. Quocirca, quod vim relicti habet filiofamilias facta, actus validitatem et confirmationem, non imputationis effectum concernit.

(43) Sive pater, sive mater dotem dederit Æquum enim, ut quæ vicem legitimæ interim tenet, in eam imputetur, Chiflet *Cap.* 14. *pag.* 819. *et seq.* Idem in parapherois statuens, si ex substantia paterna, vel materna, quia dotis accessoria. Idemque in rebus pretiosis, et ornamentis arg. *L.* 25. *de pecul. L.* 8. §. 2. *de pact. dotal.* Battaud. *C.* 11. *n* 7. Coler. *Decis.* 62. *n.* 34. et *n.* 45. vid. Gutierr. *Lib Pract. Q.* 19. *et seq.* Diss. Coras. *ad L. filium* 24. *C. Fam. erc. tit. Legitima. n.* 117. Aliud vero in impensis in festivitatem nuptialem, Valasc. *de Collat. C.* 13. *n.* 55. Coler. *Decis.* 62. *n.* 21. Gomez *in L. Tauri,* 29. *n.* 15. ne otem item ex filia mortua, dotem maternam imputare volunt *L.* 19 *C. de collat.* Itemque dotem ab avo datam, si de patris legitima agitur, quia nepti propter filium data videatur. Vid. Rauchbar. *P.* 2. *Q.* 18. P. Heig. *P.* 1. *Q.*

constituta; donatio propter nuptias constituta filio; tum id lucrum quod occasione militiæ ex defuncti pecuniis præterito vel exheredato quæsitæ ad istos pervenire potuit, quo tempore testator moritur. De prioribus duobus cautum est *L. quoniam Novella, C. de inoff. test.* De tertio est in *L. omnimodo*, *§. ult. C. de inoff. test. L. pen. vers.* 2. *C. de coll.* Militiam Justinianus vocat verbo nostris usitato operam omnem publicam, quæ stipendiis publice constitutis exercetur: nunc officia vocant, ut quæstorum, tabellionum, cursorum (44) et similium.

24. post Alciat. *Reg.* 1. *Præsumpt.* 17. et Tessaur. *Decis.* 228. Quin Cucch. *§. Utrum data n.* 20. etiam ab extraneo datam, contemplatione patris imputari ut hoc casu vitietur regula; Quod, quæ non ex substantia patris, non imputentur. Quem de hac imputatione consule, et Battand. *C.* 11. *n. et seqq.* et Heig. *P.* 1. *Q.* 24. Et quod in eo non attendatur tempus donationis, in taxanda quantitate legitimæ, sed mortis, Barthol. Bettazol. *Lib.* 1. *Decis. Civil. Cons.* 7. Idem jus, in dote data monasterio, pro filia profitente religionem, quæ spiritualiter nubere dicitur. Valasc. *d. C.* 13. *n.* 31. *et seqq.* Objic. Dos debetur filiæ, ex necessitate. Debita non imputantur legitimæ, sed subducuntur. resp. Retorqueo. In necessitatibus nemo liberalis *L.* 18. *de adim. leg.* Ergo dotem assignans sub conditione, vel modo, dedisse videtur non ut præcipuam haberet filia. Deinde necessitas ex legibus patri injungitur ut dotet, non ut præcipuam haberi patiatur. Solum enim hoc legislator respicit, ut habeat dotem. Objic. Dos habet rationem alimentorum *L.* 74. *§. ult. de cond. et dem.* Hæc vero non conferuntur, minusque in quartam veniunt. Resp. Dispar hic ratio. Præstatur sane ratione alimentorum, ut maritus onera matrimonii, inter quæ et uxoris alendæ necessitas, facilius ferat. Sed interest, dietim alimenta, menstruatim, aut annuatim præstentur, ubi consumpta non sunt amplius. An vero certa aliqua summa detur ratione alimentorum; Ubi de redditibus illius exhibitio haberi potest, ipsa sorte integra. Plane aliquando dotem non fuisse imputatam arguunt *L.* 1. *et* 2. *C. Gregor. h. t.*

(44) Militiæ significantur ex casu, de quibus Ræv. *Conject.* 3. Cujac. *ad. L.* 3. *§.* 7. *de minor.* Connan. 4. *Comm.* 15. Charond. 1. *Verisim.* 14 Læl. Taurel. *de Militiis ex casu* ad Ant. August. Munia imaginaria, unde certi redditus et pensitationes annuæ percipiebantur, quæ vendi et æstimari poterant *d. L.* 30. *§.* 2. et *L.* 11. *D. de re milit.* vid. *L.* 11. *§.* 16. *de leg.* 3. *L.* 5. *cir. fin. C. Qui mil. poss. Lib.* 12. *Nov.* 53. *C.* 5. *Nov.* 97. *C.* 3. et 4. Quanquam, sicubi officia venalia, uti in Gallia fere quævis, si filiis ea parentes compararint, pretia illorum imputari rationis videtur. Confer. Trentacinqu. *Lib.* 1. *Pract. Resol. Tit. de Legitima, Resol.* 5. *n.* 18. Io. Garsia. Gallecus *de Expens. C.* 4. *n.* 14. et vid. Maret. *Tr. Quartar. C.* 16. *n.* 4. *pag.* 152. Ant. de Gamma *Decis.* 114. Sicuti et si pater pro filio expenderit, ut ad Canonicatum admittatur. Quomodo Valasc. *Pract. collat. C.* 13. *n.* 75. impensas in expediendis bullis pro filiis, ad consecutionem beneficii Ecclesiastici conferendas prodidit, nec alienus videtur Covar. *in C. Raynald.* 18. *§.* 2 *de testam. n.* 15. Quod non admittit Cucchus *§. data inter vivos n.* 36. quia hoc nec vendi nec transmitti potest, et Gutierr. *Libr.* 2. *Pract. Quæst.* 65. ac Gomez. ad *L. Tauri* 29. *n.* 18. Chiflet. *C.* 14. *pag.* 831. quia ejusmodi erogationes in peculium quasi castrense transeant. Certum autem est, occasione veræ militiæ armatæ, vel togatæ quæsita, uti castrensia vel quasi sicuti collatione immunia sunt, *L.* 1. *§.* 15. *D. L. ul. C. de coll.* ita multo magis ab hac imputatione, per regulam *L. pen. pr. C. d. t.* add. Ant. de Gamma *Decis.* 140. Quocirca quod dignitatis ejus, quæ nec pretio æstimanda nec in alium transferri heredemve transmitti potest, nomine, pro filio pater impendit, ut pro gradu Docturæ, vel Licentiæ non imputatur, per *L.* 1. *§.* 16 *de collat.* vid. Chiflet. *d. C.* 14. *pag* 831. Battand. *C.* 11. *n.* 34. *et C. n.* 12 14. Coler. *Decis* 62. *n.* 24. Pet. Greg. 44. *Synt.* 5. *n.* 45. Cujac. 3. *Observ.* 30. *in fin.* Ubi non tempero mihi, quin brevi excursione hic notem, nec novum esse aut exemplis veterum carere, ut qui Docturæ titulis insigniuntur, collatores suos et doctrinæ exploratores modico quodam (tum in pecunia, tum in panno holoserico aliisve munusculis) honoris gratia dato, remunerentur. Quippe hic vetustus mos omnium pene promotionum: ut qui vel magistratum, Cic. *pro Cn. Plancio* vel Senatorium munus *L.* 42 *de don. int. vir. Nov.* 62. *§. ult.* vel sacerdotium, aut præsulatum, Sueton. *in Claudio C.* 9. *Apulei. Lib.* 11. *Nov.* 56. *et N.* 123. *C.* 3. vel equestrem ordinem *d. L.* 42. novamve militiam *L. pen. §. pen. et ult. de L.* 1. aut quamcunque dignitatem *L.* 40. *de don. int. ver.* peterent ac inirent, aut βουλευταὶ et decuriones legerentur, Plin *Lib.* 10. *Epist. ad Trajan.* 113. *L.* 6. *§. de decurion.* qui denique novi, in ordinem venirent, aut in collegii, sodalitiive societatem referrentur *L.* 7. *L.* 11. *C. de prox. sacr. scrin. Lib.* 12. *tit.* 19. modicum aliquid pro introitu (loquutio est Plinii et Suetonii *dd. locis* ac Scævolæ *d. L. pen. §. pen. de L.* 1.) collegis, tribulibus, suffragatoribusve suis a quibus cooptabantur, erogarent. Quæ sportulæ vocatæ Apulei. *Lib.* 7. *d. L.* 6 *§.* 1. *de decurion. L.* 5. *§. pen. de don. int. vir. d. Nov.* 62. *§. ult.* Alciat. in *L.* 234. *§. decuriones* 5. *de V. C.* Et quæ Episcopi præstabant inthronistica, vel, ut Scrimger. editio habet enthronastica, ab ἐνθρονίζειν quod est *sedem ponere* quæ inferiores clerici ἐμφανιστικὰ insinuativa *d. Nov.* 56. Honoraria decurionatus vocat Plin. *d. loc.* Quia honoris gratia præ-

XXXVIII. Cum constabit, quantum quartæ nomine habere debeat is, qui de inofficioso queritur, et quibus in rebus, sive totum id ei datum est, sive inde omnino

stantur, non ad mercedis satisfactionem, nec qui accipiunt, mercenariam ideo operam præstitisse censentur, per *L.* 1. *Si men. fal. mod.* Quæ fusius, ac studiosius quam quisquam sciteque more suo exsequitur Janus Langlæ. 6. *Semestr.* 2 Atque huc omnino respiciunt *d. L.* 40. *et* 2. *seqq. de don. int. vir.* quas recte exponunt Connan. 8. *Comm.* 11. *n.* 5. et Langlæ. *d. C.* 2. *p.* 275 licet aliter Scip. Gentil. 2. *de Donat. int. vir.* 4. Ac vel inde firmum argumentum ad propositum nostrum ducitur: Quia ex eo, quod adipiscendæ dignitatis gratia collatum est, et non cullocupletatur is, qui accepit (alias nempe donatio conjugalis rata non foret) a collatione et imputatione hac immune sit oportet. Eadem ratione nec alii studiorum sumptus sive a patre, sive a matre subministrati, Toming. *Dec.* 32. Hartman. Pist. *Lib.* 1. *Q.* 19. *n.* 2. Gomez. in *L. Taur.* 29. *n.* 16. nisi credendi animo erogatos, aperte (neque enim ex eo, quod alia bona filii penes se habuit pater. hic animus præsumitur, post alios Petrus Barbosa ad *L.* 1. *Sol. matrim. P.* 7. *n.* 28. etsi contra Coras. ad *L.* 24. *C. Fam. erc. tit. Legitima n.* 11) constet *L.* 50. *Fam. erc.* (quæ de emancipato loquitur, quia de eo majus dubium, ut plerique post alios, Petr. Barbosa *d. P.* 7. *n.* 31. *et n.* 35.) Idemque de libris dicendum filii nomine comparatis, argum. *L.* 18. *C. Fam. erc.* vel studiorum filii caussa, etsi nec dum traditi, ut vult Chifflet. contra Menoch. et ab eo citatos 3. *Præsumpt.* 30. *n.* 22. *et seq.* Maxime si pater is sit, cujus usui non inserviunt, ut si mercator, vel rusticus litterarum rudis: nisi magna inde inter fratres inæqualitas orietur, quod judex pro religione sua æstimabit, Menoch. *Arb. Ca.* 131. Nec distinguitur cum quibusdam num filius, vivo patre, studia compleverit: Menoch *Arb. C.* 131. *n.* 3. Trentacinq. varius casus distinguens *Lib.* 1. *Pract. Resol. Tit. de Legitima Resol.* 5. *n.* 19. quia, uti data eunti ad militiam castrensia sunt, *L.* 4. *C. Fam. erc.* ita etc. add. pulcre Io. Garsia Gallecus *de Expens. C.* 4. *n.* 6. *et seq.* Et posito, quod non sint quasi castrensia, ceu vult Petr. Barbosa *ad L.* 1. *Sol. matr. P.* 7. *n.* 39. alia tamen ratio subest præsumptæ voluntatis paternæ, qui cum sciret æque necessarius esse, uti sumptus alios, ex pietate donasse creditur, vid. P. Greg. Chiflet. Battaud. *dd. locis.* Barbosa *d. P.* 7. *n.* 36. *et seqq.* Toming *Decis.* 32. Sneidvin. *in* § 20. *I. de act. n.* 42. *et seqq.* Valasc. *Praxi. collat. C.* 13. *n.* 69 *et seqq.* Horat. Lucius *Privileg. scholar* 27. Fopp. ab Æcema 1. *Disser.* 5. Gomez. *in L. Tauri* 29 *n.* 1. *ibique in Addit.* Didac. Gomez. Unde et debita ex caussa studiorum contracta, vivo patre, ex communi hereditate solvenda arg. *L.* 20. § 6 *et* 7. *Fam. erc.* Petr. Barbosa *ad L.* 7. *sol. matr. P.* 7. *n.* 27. Ac recte P. Greg. *d. lo. n.* 46. si non in ipsa donatione, (seu dum tradit libros, dum sumptus facit) testetur pater, quod in rationem portionis computari velit, nihil eum agere si postea moriens forte id caverit, quia perfecta semel donatio postea modum vel conditionem non admittit *L. pen. C. de don. quæ sub. mo.* et Gomez. *ad L. Tauri* 29. *n.* 16. *in fin.* Plane, ubi certa de imputando vel conferendo voluntas patris, hac lege dicta, non ipsi libri conferendi, sed æstimatio fiet, Asin. *de Exsec.* § 7. *C.* 151. quanti sunt liberi tempore mortis, non quanti empti sunt. P. Greg. *d. L. n.* 46 Horat. Lucius *Privil. schol.* 30. Gomez. *ad L. Tauri.* 29. *n.* 17. Sicuti et hoc casu sumptus, quos domi pro facultatibus et dignitate familiæ impensurus in filium pater, detrahendi, Valas. *d. C.* 13. *n.* 165. Io. Garsia Gallecus *de Expensis, C.* 4. *n.* 5. etsi expresse aliud voluerit, ut Gomez. *in L. Tauri* 29. *n.* 16. vers. *secundo limita*, quia in iis, præcise est debitor a lege, et alias esset facturus, qui et pluribus hoc firmat. In qua computatione veniunt cibaria, vestes, habitatio, medicinæ, et alia, Mantua *Singul.* 551. et Didac. Gomez. *Addit. ad d. Comm.* Ant. Gomez. avi sui *n.* 16. Objic. Caussa studiorum, et dotis comparantur. Ergo uti dos imputatur et confertur, ita et hæ impensæ: ita sane arguit et putat Abel. Strasburg. *Cons.* 3. *n.* 46. Sed præterquam quod studiorum causa dote potior censeatur a Rebuffo *Privil. scholar.* 82. Resp. potest, quod hic dispar ratio, indeque diversus favor. Dotis in eo multa privilegia, ut salva servetur filiæ, non ut præcipua habeatur, ne dum ut inæqualitas introducatur, si collationi eximeretur; et absurditas, si filiæ in alienam familiam transeuntes, plus filiis consequi deberent. Reip. utilitas exigit, ut dotentur fœminæ, dotatæque maneant. Hic manent, nec per hanc caussam dos, si legittima major, filiæ aufertur: sed tanto minus, ex reliquis nanciscitur, quantum nomine dotis, ipsi, quasi prærogatum. At Reipublicæ utilitas exigit, tantum expendi sumptus studiorum, sed eosdem nec imputari, nec collationi subjici, quia alias pauciores studiis invigilarent. Laudandus pater qui pietate ductus, ut publicum commodum promoveat, sumptus hos imputari non vult, etsi de cætero liberorum par conditio sit. Nam injuria, ac inæqualitas, si qua hic oriri videtur, insuper habenda boni publici ratione, cujus caussa semper privato commodo debet esse potior, et antiquior. Quæ et ipsa facit, ut certis casibus, pater ad eos sumptus compelli possit, de quo fuse et accurate Horat. Lucius *Privil. scholar.* 16. add. Casp. Schifordegher. *Lib.* 2. *ad A. Fab. Trac.* 23. *Q.* 2. *et* 3. J. c. Middendorp. *Lib.* 2. *Off. Scholast. C.* 1. *et in QQ. Theolog. et Polit. Regum ac Principum etc. Q. Ptolomei* 41. *p.* 267 *et p.* 280. Petr. Barbosa *ad. L.* 1. *Sol. matrim. Parte* 7. *n.* 26. *et seq.* Nec inæqualitas hæc, si geometricam hic analogiam spectamus. Qui plus potest aliquando Reipublicæ prodesse, isque id intentus est, majori favore prosequendus. Sibi enim imputent cæteri. Quibus

nihil, propemodum expeditum est, quid hic de inofficiosi querela, tum de quarta sequi debeamus. Nam si tota quarta recte relicta est, constat hac querelam excludi. *L. Papinianus*, §. *quoniam*, *D. de inoffic. testam.* Idque certo, si quarta ipsa jam accepta est: sin solum relicta, hoc tantum relinquitur, ut petatur. In qua petitione sciendum est hoc novi juris constitutum esse a Justiniano, ut si heres eo nomine conventus quod quartæ nomine relictum erat non solverit sed maluerit de eo litigare, præter id quod petitur, etiam ejus tertiam partem præstare cogatur sententia judicis: cautum *L. si quis suo.* in pr. *C. eod.* Si nihil relictum est aut donatum earum rerum, quæ in quartam imputantur: non minus et hoc certum jus est, locum fieri inofficiosi querelæ. §. *ultim.* §. *sed hæc ita*, *Inst. eod.*

XXXIX. Quod si neque tota quarta relicta donatave erit, neque rursum nihil; sed aliquid quod ut quartam non explet, ita possit ex parte in quartam imputari: supererit illa quæstio, quam in hoc jure quartæ habendæ quarto et postremo loco induci diximus, quo jure id relictum donatumve haberi oporteat; utrumne ita, ut quia tota quarta non est expleta a defuncto, testamentum obnoxium sit querelæ: an vero eo quod deest suppleto ab herede, testamentum conservetur, et quæ sit necessitas ejus supplendi. Et jus olim ita fuit, ut totam quartam voluntate defuncti habere deberet is, quem querela inofficiosi exclusum vellemus. §. *ult. Inst. de inoff. test.* Justinianus hoc jus emendaturus invenit viam qua et prospiceret testamento, et simul iis qui de inofficioso queri poterant caveret, quod satis esset ad quartam obtinendam. Atque ita constituit. Nam dum ei qui de inofficioso queri poterat, aliquid relictum esset a testatore vel in hereditate, vel legato, vel fideicommisso, voluit id satis esse ad testamentum confirmandum et querelam excludendam. Et tamen ne exclusus queri posset sibi injuriam fieri tanquam adempta portione legitima, quam leges veteres liberorum, parentum, fratrum, propriam esse voluerunt, jubet id quod deest, usque ad legittimam portionem suppleri, quanvis in testamento nihil adjectum sit de portione (45) implenda, facitque

si sors eadem ingenii a natura negata est, æquanimiter ferant, nec potiorem fratri sortem invideant. Non ita probandus pater, qui si (ut verba hæc a Valerio *Lib.* 7. *C.* 8. mutuem) plures habeat simillimæ probitatis liberos, animi sui inclinatione potius provectus quam ullis aliorum injuriis, aut hujus officiis commotus, dotem filiæ immodicam constituit, atque præcipuam habeat, cavit. Nam si caussa dotis favore digna, ea cæteris liberis communis est, quando omnibus ex æquo debetur dos filiabus. Itemque donatio propter nuptias filiis, (cujus eadem præstandæ necessitas. *L. ult. cir. med. C. de dot. promiss.*) Jam si eximatur oneri collationis dos uni præstita, cedet ea res in fraudem dotis alteri præstandæ, quæ vel nulla ea ratione, vel minor reddetur. Atqui interest Reipublicæ magis ut dotem consequantur qui adhuc innubi, ut conditionem commodius quærere et invenire possint, quam qui nupti, ubi finis illius favoris jam obtentus. Quin imo, si ad liquidum rem exigimus, nec multum diversa hic dotis, et studiorum caussa. Ubi enim dos non confertur nisi exstet et salva sit filiæ vel dolo ejus, culpave factum ne sit *Nov.* 97. *C.* 6. Anton. Quetta *Cons.* 90. *n.* 5. *et* 6. ita, quam pecuniam pater filio tribuit in studiis versanti, illa jam consumpta est, nec quidquam inde ad filium quod permaneat rediit. Nec cepisse videtur vere, cujus retinendi nulla spes. Quod si perdite prodegerit, inque pravos usus insumpserit, collationem tunc et imputationem admitto arg. *L.* 1. §. 25. *L.* 2. §. 2. *de collat.* cum Coras. *ad. L. filium* 25. *C. Fam. erc.* *tit. Legitima n.* 111. Hart. Pist. *Lib.* 1. *Q.* 19. *n.* 7. Sneduin. *in* §. 20. *I. de Act. n.* 41. 10. Garsia Galleco *de Expensis C.* 3. *n.* 3. Petr. Barbosa *ad L.* 1. *Sol. matrim. P.* 7. *n.* 64. re rob ta opinione Antonii Fabri 41. *Err. Prag.* 7. nec si credendi animo filiofamilias pater dederit imputari censentis, sive bene, sive male consumpserit. Nam nec privilegia caussa studiorum concessa plane inertibus et socordibus, nec nisi nudum nomen sibi vindicantibus prosunt. Cum generale sit, ut privilegio alicui negotio aut muneri indulto non fruatur, nisi qui et quandiu se in eo exercet. *L.* 5. §. 3. *et* §. *pen. de jure immunit.* *L.* 6. §. 14. *de excusat.* non qui sub nudæ appellationis velamine, ut loquitur *L.* 9. *C. de sacros. Eccles.* Tiraq. *Tr. Cess. caussa n.* 213. *et* 2. *seqq.* Everhard. *in loco ab Etymol. n.* 14. Rebuff. *Privil. Schol.* 165. Coler. *de Process. exsec. P.* 3. *C.* 3. *n.* 142. Barbosa *d. loc. n.* 62. *et seq.* Ever. Specklian. *Cent.* 2. *Cl.* 1. *Q.* 15.

(45) Quæ an et olim fuerit, vid. *supra h. C. N.* 10. Atque hæc actio expletoria principaliter inducta, ad tuenda et sustinenda extrema elogia, ut Imperator innuit *d. l.* 30. *pr.* Ut defuncti famæ, et existimationi parceretur, atque impudentiæ filiorum occurreretur, ob minimum quid quod deesset, judicia parentum evertere nitentium. Qui sæpe, errore lapsi in facultatibus suis æstimandis, paullo minus reliquisse videri possunt. Molinæ *de inoff. donat. n.* 6 Cucch. §. *ult. n.* 6 *pag.* 421. A. Fab. 14. *Err. Prag.* 8. Quibus consequens hallucinari Bartolus et qui eum sequuntur Guido Papæ *Q.* 82. Cujac. *Cons.* 60. dum actionem hanc, quia successerit in locum querelæ, ejusdem tem-

excluso potestatem id ipsum sine ullo onere et mora exigendi: si modo non ingrati arguantur justis de caussis, cum eos testator adversus se ingratos esse testamento questus esset: hoc in *L. omnimodo*, *C. eod.* Sed hæc, inquam, ita, si quam mentionem exclusorum testator fecerit, et his aliquam quantitatem in hereditate, vel legato, vel fideicommisso reliquerit. Quod si his præteritis, vel exheredatis, nihil his reliquerit, valent vetera jura, idest, querelam inofficiosi locum habere, *d. L. omnimodo*, §. 1. *et seq. C. de inoff. test.* §. *sed hæc ita*, *Inst. eod.* Ut appareat hui suppletioni locum non esse, et si quid præterito donatum sit inter vivos ita ut haberet in quartam, et qui accepit mortuo testatore donatum retinere nolit: aut quod relictum sit conditionis implendæ caussa, et præteritus mortuo testatore nolit id oblatum accipere.

XL. Quid tamen si quid donatum sit inter vivos ei, qui de inofficioso queri poterat, ea lege non solum ut id in quartam haberet, sed etiam ut querelæ inofficiosi renuntiaret? Dicemus parentibus et fratribus quibus quid ita datum erit, eam pactionem quandoque nocituram ex edicto de pactis, *arg. in L.* 1. *C. de pact. L. pactum*, *D. eod.* filio nocere non placuit,

pore, quinquennio, concludi autumant. Quos merito notant, et ab iis recedunt Hot. 5. *Obs.* 22. Balduin *ad* §. *tam a. cum seq. l. h. t. n.* 13. Chiflet *de Port. legit. Cap.* 16. *sub fin.* Gomez. 1. *Var. Resolut.* 11. *n.* 23. Wes. *in Auth. noviss. C. h. t. n.* 8. Myns. 2. *Obs.* 72. Gail. 2. *Obs.* 120. *n.* 7. *et seq.* Ant. Fab. *d. Err.* 8. Busius ad *L.* 8. §. 6. *h. t.* Fachin. aliis citatis 12. *Contr.* 9. Decian. *Vol.* 1. *Resp.* 54 *n.* 38. Barthol. Kellenbentz. *de renunciat. success. Q.* 25. *n.* 9. Cucchus §. *Legitima nullum gravamen. n.* 94. *pag.* 403. Petr. Greg. *Synt.* 4. *n.* 17. Longe etenim alia natura querelæ, nihilque ferme commune illi cum hac actione, quæ et aliunde oritur, et alio tendit. Et ut suffectam illi quis largiretur, naturam tamen ejus non imitatur, sed contrarium effectum habet: Illa verecundiam testatoris lædit, dementiæ arguens, hæc pudori parcit: illa convellit testamentum, hæc confirmat, proinde favorabilior. Illa exheredato datur, hæc instituto. Quare et huic, more aliarum actionum, non nisi triennio præscribitur. Nec firma illa consecutio: successit in locum etc. Actio de dolo olim annalis, hodie biennalis. Suffecta tamen eidem in factum actio perpetua. *L.* 28. *de dolo.* Quare nec tuta est media Angeli opinio in *L.* 8. §. 10. *h. t.* putantis, si filius per quinquennium hac non egit, non quidem sibi præjudicasse si diutius vivat, sed si moriatur heredem ejus arceri. Quam per noviores reprobari testis est Roderic. *in Repet. L. quoniam* 32. *C. h. t. ampliat.* 10. *n.* 6 *per L. un. Cod. ut act. ab her. et contr.* Nec alia Marci Mantuæ *in Auth. noviss. Cod. h. t. sub fin.* Bartoli opinionem tunc admittentis, cum filius in re certa institutus, coherede universali adjuncto. Quænam vero hic actio? Ex testamento, ut vult A. Fab. *d. Err.* 8. quia etsi detur ad plus quam testamento relictum, ut tamen omne ex tacito judicio, pro eo habetur ac si testamento datum esset. Facit *L.* 3 *C. h. t.* quia plus dictum, minus scriptum videtur, Cucchus *in pr. n.* 8 quodque deest ipso jure accrescit, Vasquez 3 *Ill. Contr.* 106 *n.* 41. vel inquit Faber condictio ex lege quasi ex testamento. Et Wes. *d. n.* 83. tribuit hic actioni ex testamento locum dat, personali, reali et hypothecariæ. ac Molinæ. *d. Tr. n.* 9. quia præterea concedit judicium familiæ erciscundæ, per *L.* 2. §. *Fam. erc.* et petitionem hereditatis (quam tamen hic non admittit, Curt. Sen. *Cons.* 13. *n.* 11.) de quo, et contra quos hæc competat, quando contra legatarios, (seu quando legata, per legitimam minuantur), quando contra tertium possessorem etc. adi Hot. 5. *Obs.* 22. *et Disp. de Quarta legitimaria Cap.* 7. *et seq.* Coras. *ad l. filium* 24. *Cod. Famil. erc. tit. Legitima n.* 138. *et seq.* Chiflet. *Cap.* 15. *pag.* 839 *et seq.* Battand. *C.* 16. *et ult.* Cucch. §. *Legitima est quota bonorum n.* 11. *p.* 61. *et n.* 17. *et seq.* item §. *utrum contra legatarios p.* 112. *et seqq.* et §. *Quærendum p.* 411. *et seq.* Et quod eadem petitio parentibus idem §. *ultim. n.* 7. *et* 8. Quid si pater filium jussit contentum esse rebus assignatis, et vetuit plus petere? Tunc quoque huic expletoriæ actioni locus, non vero querelæ, aut rescissioni testamenti Nav. 15. *Cap.* 3. *pr.* Tametsi Bartolus contra consuluit, teste Cuccho §. *Quam etiam n.* 2. *pag.* 418. Quod et A. Fab. *d. Err.* 8. probat, Imperatorem ipsum oppugnando, quia indignus sit cui subvenias, qui ultro periclitari voluit, et in leges naturamque ipsam offendere. Quodque absonum sit aliquid contra enixam testatoris voluntatem deberi ex testamento. Sed mittamus hæc. Ex quibus vero rebus decerpatur, et de quibus persolvi debeat legitima, ne hic nimis prolixus sim, remitto ad Battand. *Cap.* 6. *et* 7. Chiflet. *Cap.* 12. Wes. *in Auth. noviss. Cod. hoc tit. n.* 42. *et seq.* Marst. *Tr. Quartar. Cap.* 15. Valasc. *Prax. partit. et collat. Cap.* 18. Anton. Quetta *Cons.* 19. *et Cons.* 90. Menoch. *Arb. Cap.* 163. Fachin. 4. *Contr.* 23. fuse Cucchus §. *Quibus in rebus pag.* 77. *et seqq.* Roder. Suarez. *in Repet. l.* 32. *Cod. hoc tit. ampliat.* 11. Statuunt vero quod in pecunia non relinquenda sit, ac si in ea relicta, id ceu gravamen subduci. Quod ex *L.* 36. *in fin. pr.* verbis: *ex substantia*, absurde probari contendit Hotom. 4. *Observ.* 19. quia substantia ibi non opponitur pecuniæ, et nominibus; sed substantiæ filii, sive adventitiis lucris etc. add. Coras. *ad l. filium* 24. *Cod. Famil. erc. tit. Legitima n.* 87. *et seq.*

non sine ratione, quod diceret Papinianus in hac ipsa specie liberos in istis ad paterna obsequia provocandos esse, non pactionibus adstringendos. Hoc Justinianus de sententia Papiniani in *L. si quando*, §. 1. *C. de inoff. test.* Qua ratione occurrunt ei objectioni quæ moveri poterat ex edicto de pactis. Significant igitur id edictum non obstare: quia etsi eo edicto jubentur pacta servari, tamen una exceptio est melior cæteris, nisi sint contra bonos mores. *L.* 6. *C. de pact.* Hujus autem generis esse hoc pactum innuunt superiore ratione. Sane si quod ita donatum est aut relictum implendæ conditionis caussa, exheredatus mortuo testatore agnoscat, illud retinendo, hoc oblatum accipiendo, incipient quidem illa in quartam imputari; sed ita ut hac agnitione non impediatur qui agnovit, quominus de supplendo eo quod deest recte agat, nisi nominatim caveat nullam sibi superesse de repletione quæstionem: (46) hoc in *d. L. si quando*, §. *ul. C. de inof. test.* Quarta suppleta vel agnita, si quid ex ea auctum erit, constituit Justinianus aliam rem vel pecunias restitui debere, ut nova repletio fiat quæ falcidia non minuatur, nec ullum gravamen in quantite aut tempore (47) sentiat. *L. scimus*, *C. eod.*

(46) De renunciatione legitimæ, sive vivo patre; sive ejus, quæ jam competit, remissione, ne nimis hic immoret, consule Chiflet. *Cap.* 16. *pag.* 45. *et seqq.* Anton. Fab. 14. *Err. Prag.* 9. *et* 10. Treutacinq. *Lib.* 1. *Pract. Resol. Tit. de Legitima Resol.* 4. Tiraquel. *de Jure primigen. Q.* 55. Cucch. §. *Legitim. null. gravamen n.* 46. *et seq. pag.* 378. *et seqq.* Suarez. *in d. L.* 32. *amplia..* 9.

(47) Vulgo contra sentiunt, quia tempus mortis in ratione ejus ineunda, spectandum *L.* 6. *C. hoc tit.* non augeri legitimam: si jacenti hereditati quid accessit, nec minui si decessit, vid. Sich. *ad d. L.* 6. *n.* 3. Gilken. *ibid.* Chiflet. *Cap.* 8. Cucchus. §. *Legitima an augeatur pag.* 207. *et seqq.* M. Mantua *pag.* 109. *et seqq.* Fachin. 4. *Contr.* 28.

## CAP. V.

### Adversus quorum testamenta inofficiosi querela non detur.

*Transitio, et doctrinæ superioris capitis elegans epitome.* I.

*Inofficiosi querelam adversus inofficiosum testamentum excludit sive personæ conditio, sive querelæ amissio.* II.

*Ad prius genus pertinent impubes et miles.* III.

*Inofficiosi querela nec matri competit, nec fratribus adversus testamentum impuberis inofficiosum: et quare.* IV.

*An saltem impuberis patruo adversus sui fratris testamentum in quo persona turpis impuberi filio substituta.* V.

*Item nulli cognatorum, ne liberis quidem adversus testamentum militis inofficiosum* VI.

*Etsi testamentum illius, qui in toga Reipublicæ militat. Quo id jure, et quatenus.* VII.

*An superius hoc militis privilegium* novissimo jure *liberis, et maxime filiisfamilias militibus ademptum.* VIII.

*Accursii et Bartoli opinio.* IX.

*Contraria auctoris sententia: firmis hæc ex jure rationibus constabilitur.* X. XI.

*Contrariis occurritur; et Accursii opinionis momenta revelluntur.* XII. XIII.

*Rerum summa et collectio.* XIV.

*Superius illud privilegium cessare militibus sua militia defunctis, sive armata, sive togata.* XV.

I. Hactenus quid sit inofficiosum testamentum, quibus rebus tale constituatur, et adversus quos. In quo cum insit caussa querelæ inofficiosi, si ex caussa recte colligimus effectum, intelligi jam potest id de quo posita erat quæstio, quibus scilicet querela inofficiosi non solum competat, sed etiam non competat. Diximus enim competere eam liberis, parentibus, fratribus consanguineis: sed omnibus in universum, id quod titulus actionis ostendit, non nisi ex caussa inofficiosi testamenti, idest hac conditione, si adversus eos testamentum esset inofficiosum constitutum. Sic porro inofficiosum constitui, atque his rebus eam caussam constare; si qui queruntur exclusi sint eo testamento vel præteritione, vel exheredatione: si exclusi sint immerito, idest liberi parentesve nulla legitima de caussa, aut ea testamento non

adscripta; fratres turpi persona herede instituta; si exclusi testamento alioqui consistente; si quidem nec legitimam portionem, vel partem ejus portionis ex bonis defuncti acceperint: ac de his partibus etiam sigillatim dictum est. Quæ si ita sunt, si quidem de iis quæritur quibus querela inofficiosi non competat, confecta res est his omnibus non competere: Primum extra liberos, parentes, fratres, consanguineos, cognatorum ex sua persona nulli, nedum competat cuiquam extraneo. Deinde nec liberis ipsis, parentibus aut fratribus his conditionibus: sive testamento vel minima ex parte h redes instituti sint; sive exclusi quidem, sed justa de caussa, et ea adscripta testamento; sive sine justa caussa, vel ea non adscripta exclusi, sed eo testamento, quod p.r se non consistat, vel alia via possit rescindi; sive hereditate exclusi portionem legitimam acceperint vel totam, vel saltem ex parte, de qua postea implenda solum recte agant. Sine converso hoc statui placet, quibus querela inofficiosi competat, de quo potissimum nunc agitur, non minus et hac ex superioribus jam intelligimus competere eam liberis, parentibus, fratribus tum cum superiora ista simul in eandem personam concurrent. Sic enim effici adversus istos testamentum inofficiosum: ex qua caussa hæc actio nascitur.

II. Sed hoc posterius ita verum est, si nihil aliud querelæ sit impedimento. Sic enim superior sententia regulam de eo communem habet, ut tamen non sit perpetua. Habet et hæc regula, ut aliæ omnes pleræque suas exceptiones, quas jam subjiciemus. Non semper vero liberis, parentibus, fratribus, quanvis inofficioso testamento omni ex parte adversus eos constituto, querela inofficiosi competit. Interdum quædam obstant. Ea autem duo sunt in summa. Alias testatoris persona et privilegium; quo efficitur ut nec ab initio adversus hujus testamentum inofficiosum detur querela inofficiosi. Alias querelæ amissio; qua fit, ut cum ab initio superioribus personis recte cœperit competere inofficiosi querela, eventu postea amittatur, amissa sic deinde competere desinat: ut hic deinceps ad jus querelæ agenti constituendum illa duo quærenda sint, persona testantis, et querelæ finiendæ modus.

III. Conditione personæ duobus generibus testatorum proprio quodam et singulari jure tributum est. ut ne eorum testamenta querelæ inofficiosi subiaceant: Impuberi, et Militi.

IV. Adversus testamentum impuberis nulla est querela inofficiosi ne matri quidem impuberis; proinde multo minus impuberis fratribus. *L. Papinianus*. §. *sed nec impuberi*. *D de inoff. test.* Testamentum impuberis vocamus substitutionem pupillarem, cum pater testamento suo filio impuberi, quem in potestate habet, heredem substituit in hunc casum, si impubes intra pubertatem decesserit: quod declaratur *Inst. de pup. subst.* in pr. ubi quæ initio dicitur substitutio pupillaris, paulo post vocatur impuberis testamentum: Et additur ibidem quod satis sit ad intelligendum cur ita vocetur: quia scilicet ex hac substitutione substitutus heres fit non patri, sed impuberi. De eo, inquam, testamento neque matri neque fratri impuberis tanquam de inofficioso queri licet; si forte proponas his præteritis extraneum, atque adeo turpem personam a patre heredem institutam esse. Hoc Ulpianus de sententia Papiniani in *d.* §. *sed nec impuberis*; addita hac ratione: quia pater impuberi hoc testamentum fecit. Optima ratio, cujus vim sic recte intelligemus, si paulo explicatius querela ad suam caussam revocetur. Meminisse igitur debemus inofficiosam tum præteritionem, tum exheredationem injuriam habere, quam qui isto modo ab hereditate exclusi sunt, queruntur sibi factam esse a testatore, ejusque injuriæ vindicandæ caussa querelam esse comparatam. *d. L. Papinianus*, in pr. *de inoff. test. Novel. ut cum de app. cog.* §. *sive igitur*, et §. *hæc autem*. Neque porro in hac injuria de aliis queri licet quam qui ipsi præteritione aut exheredatione sua injuriam intulerunt. At impubes, quanvis extraneo herede ei substituto, matre aut fratre præteritis, ejus id testamentum proponatur; nullam tamen his in hoc testamento injuriam (1) facit, ac nec potest;

(1) Connan. 9. *Comm.* 9. *n.* 6. Quia, ait, in hac querela non testamentum ipsum, uxta juris regulas conditum; sed testantis factum improbatur. Hic autem nihil inique fecit impubes, add. Duar. *h. t. C.* 17. Et facit hoc testamentum pater filio, non sua sed legis auctoritate, quæ patri confidit ob affectum quo filios prosequi creditur, Battand. *Tr. Legitimæ C.* 16. *n.* 15. *et seqq.* ubi *n.* 13. in tacita pupillari contra statui. Sed Chiflet. *C.* 10. parem esse utriusque effectum. Quod et verum est, vid. *supra Lib.* 6. *C.* 6. *N.* 4. *ibique not.* Crebrius quoque hoc protenditur ad quasi pupillarem, quæ vulgo exemplaris, illius imitatione inducta, Battand. *d. C.* 15. *n.* 18. Nam *l.* 9. *C. de*

cui jam assumptioni probandæ superior illa ratio Ulpiani convenit. Non enim, inquit, impubes ipse sibi, sed pater ei hoc testamentum fecit. Merito igitur placuit adversus id testamentum tanquam ob injuriam ab impubere factam nullam querelam inofficiosi esse posse aut debere. Adde et hanc rationem. Non est querela inofficiosi, nisi ex hac caussa, quod qui testamentum ita ordinavit ut esset inofficiosum, non videtur sanæ mentis fuisse; utpote exclusis iis quos præcipue ad bona sua vocare debuerat. *L.* 2. *L.* 5. *D. de inoff. test.* At nihil tale in substitutione pupillari impuberi objici potest; eadem illa ratione Ulpiani, quæ huc quoque aptari debet, quia pater et hoc testamentum fecit, non ipse sibi. Quare etiam hac de caussa nulla adversus id testamentum querela inofficiosi esse potest.

V. Hæc ratio aliam quæstionem hoc loco attulit. Dicimus hoc testamentum fieri a parte impuberis. Quid ergo, si pater eo testamento substituerit impuberi heredem turpem personam, fratre suo consanguineo præterito eodemque patruo impuberis? An non ex superiore ratione huic saltem adversus id testamentum querelam dabimus? Constat enim turpi persona herede instituta fratri præterito adversus fratris testamentum querelam propositam esse. *Inst. de inoff. test.* in princ. Quod si hoc accedit ut testamentum factum sit a patre, cum ab eo et hujus præteritionis injuria nata sit, quid restat nisi ut hujus quoque fratri sit querela adversus id testamentum? Negat esse Ulpianus ibidem, id est in *d. L. Papinianus*, §. sed nec impuberis, *quia*, inquit, *filii testamentum est.* Quasi diceret adversus objectionem superiorem: Pater quidem hoc testamentum impuberi fecit, et patris tum præteritio tum injuria est: sed non ideo efficitur adversus id testamentum fratri patris præterito querelam esse dandam. Utrumque enim fecerit pater: impuberis tamen testamentum est, non patris: factione patris est, re autem vera impuberis; utpote in qua de solius impuberis hereditate agitur, in quam et succeditur.

VI. Militi idem tributum: sed privilegio ut quanvis miles ipse testamentum faciat exheredatis sine caussa liberis aut parentibus, sitque hoc modo testamentum ejus revera inofficiosum: tamen de inofficioso ejus testamento, quocunque jure factum sit, sive militari; sive civili, ne liberi quidem queri possint; nedum parentes, aut fratres militis, *L. de inofficioso*, *C. de inoff. test. L. instituta*, §. *de inofficioso D. eod.* Pertinetque hoc jus non ad patremfamilias militem solum, qui testetur de bonis suis quibusqunque, sed et ad militem filiumfamilias: tantum ut hic de castrensi peculio testetur, quod solum filiifamilias proprium est, ita ut de eo possit testamentum facere; de quo ita scriptum est in *L. testamentum*, C. eod. *testamentum militis filiifamilias in castrensi peculio factum, neque a patre neque a liberis ejus per inofficiosi querelam rescindi potest.* Sed intra veros milites solum hoc privilegium olim consistebat, quos eosdem armatæ militiæ milites dicimus.

VII. Observabatur quidem jam olim genus quoddam quasi militum, qui in toga, aut publica opera Reipublicæ quodammodo militant, quales sunt magistratus, assessores, judices, patroni caussarum, archiatri, professores publici bonarum artium, et omnes omnino, qui opera publica Reipublicæ navanda salaria a principe aut de publico accipiunt: quibus omnibus si filiifamilias essent, attribuebatur et peculium quasi castrense eodem prope jure per omnia cum peculio castrensi. Nam et id ita placebat eorum proprium esse, ut de eo statuere possent, et jure communi testari non aliter quam de peculio castrensi. *L.* 1. §. *castrense*, *D. de coll. L.* 2. *D. de Sen. Mac.* §. *ult. Inst. de mil. test. Inst. quib. non est perm. fac. test.* in pr. *L. ult.* in pr. *C. de inof. test.* Verum his posterioribus ante tempora Justiniani hoc privilegium adhuc deerat, ut his de peculio castrensi testantibus immunia esse eorum testamenta a querela inofficiosi. At Justinianus hoc etiam postremum his addidit, de quo cautum est pluribus verbis in *L. ult. C. de inoff. test.* Solum hoc inter filiosfamilias qui armis vere militant, et filiosfamilias qui in toga et opera forensi publicave militant Reipu-

*impub.* tantum de legitima filiorum loquitur, Chiflet. *Cap.* 10. *pag.* 789. Nec audiendus Petr. Grangian. *Paradox. C.* 53. qui matrem exclusam a querela per pupillarem non excludi a petitione legitimæ, quod factum alterius alteri nocere non debeat, quodque nemo plus facere queat in injuriam alterius, quam is cujus nomine facit. Tametsi curia Burdigalæ legitimam matri adsignavit, testante Mareto *Tract. Quartar. C.* 11. *n.* 16. Et probante, quod non firmum argumentum a querela desinente ducatur, cum conditio ex lege supersit.

blicæ, hoc interest quod filiusfamilias armatæ militiæ miles de bonis castrensibus testamentum sine metu querelæ facere potest non tantum quandiu est in potestate patris, sed etiam patria potestate liberatus et sui juris ac paterfamilias factus. Non enim ea re miles esse desinit. Hoc antem privilegium militi datum est non filiofamilias, denique militi hoc ipso quod miles est, sive is paterfamilias esset, sive filiusfamilias *d. L. de inofficioso*, *L. testamentum*, *C. de inoff.* Nec prius militi patrifamilias adimitur, quam veterano facto. *L. Papinianus*, *§. Papinianus*, *D. de inoff.* At filiusfamilias togatæ militiæ aut forensis operæ miles tandiu testamentum a querela immune facere potest, quandiu in potestate patris manet: sui juris factum, voluit Justinianus, ut peculium habere desinit, ac proinde peculium quasi castrense, etiam in hoc peculio privilegium superius amittere, ut quanvis idem miles maneat qui prius: tamen nihilomagis prius beneficium retineat, amisso peculii quasi castrensis nomine, ut intelligeremus hoc beneficium ab illo non militi solum datum esse, sed etiam peculio quasi castrensi: hoc ille constituit in *d. L. ult. §. ult. C. de inoff. test.*

VIII. An hoc privilegium ademptum sit militibus, præsertim filiisfamilias, qui de castrensibus aut quasi castrensibus peculiis testantur, dubium fecit *Novel. ut cum de app. cog. § justum*. Sic enim illic constituit Justinianus, non licere liberis in propriis bonis de quibus testari possunt, parentes præterire, aut exheredes facere, nisi justis de caussis, quas ipse subjicit, et his testamento adscriptis: et addit in extremo *§. si contra factum sit*, testamentum rescissum iri: nempe per querelam inofficiosi, si alio jure non potest. Hæc enim est rescindendi testamenti caussa subsidiarium remedium. *§. autem*, *Inst. de inoff. test.* Est hæc constitutio Justiniani, ut apparet, conceptione verborum generalis, pertinens ad omnes liberos non solum paganos sed etiam milites, nec tantum ad milites patresfamilias sed etiam filiosfamilias qui de peculio castrensi aut quasi castrensi testamentum faciunt. Nam hæc peculia, ut ante dixi, propria sunt filiorumfamilias, de quibus et ipsi possunt testari. Quod si ex superiore constitutione istorum omnium testamenta inofficiosa querela inofficiosi rescindi possunt, perspicuum est eadem constitutione etiam militibus, et his filiisfamilias vetus illud privilegium de querela adversus eos non movenda abrogari.

IX. Hic ut in re dubia variant sententiis (2) intrepretes. Accursius ipse contraria scripsit hac de re variis locis. Potior tamen illi hæc sententia est, jus vetus hic emendari in filiisfamilias solum, his tamen omnibus cum de peculio castrensi aut quasi castrensi testantur, quod et Bartolus cum quibusdam aliis magis se probare scribit ad *auth. ex caussa*, numero 13. *C. de lib. præt. vel. exh.* Neque quidquam adjicit quo difficultatem explicet, et cur ad istos magis putet constitutionem Justiniani pertinere quam ad milites patresfamilias: cum tamen constitutionis verba omnes liberos qui de propriis bonis testamentum faciunt, pariter complectantur.

X. Ego autem puto, totum istud privilegium vetus militibus in caussa inofficiosi concessum etiam nunc per superiorem constitutionem integrum manere: non sane quod constitutio non generaliter scripta sit, et quidem iis verbis quæ ad liberos quoque milites, et eos etiam filiosfamilias pertineant: sed quod ex perpetua lege interpretationis in omnibus legibus observanda sic illa constitutio accipienda est ex sententia legislatoris, ut ne contineantur ii liberi, de quibus ex privilegio aliis legibus specialiter contra cautum est; quo in numero sunt etiam filiifamilias milites qui de peculio castrensi aut quasi castrensi testantur: quibus dum eximitur metus querelæ inofficiosi, simul hoc concedi intelligitur, ut sine metu querelæ liceat his liberis, parentesve sine caussa impune præterire: vel exheredare. Hoc ita interpretandum esse dictant sententiæ omnes juris ratæ de interpretatione legum proditæ, quæ eædem ipsis etiam legibus in hac interpretatione observari jubentur.

XI. Quarum una hæc est, regula juris comprehensa: *In toto jure generi per speciem derogatur*; et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est. *L. in toto jure*, *D.* de reg. jur. *Derogatur generi*, id est constitutioni generali seu orationi

(2) Ac hodie militare testamentum querelæ subjacere, statuunt Duar. *ad h. t. D. C. ult.* Rubens *ad L.* 14. *D. h. t. in prælud. n.* 7. Cucchus. *in Auth. noviss. C. h. t.* Coras. 6. *Misc.* 11. *n.* 4. Wes. *ad Rub. C. h. t. n.* 49 Sed nostro consentiunt Forst. *de Jurisd. Rom. Lib.* 1. *in L.* 7. *Romuli n.* 42. *et seqq.* Fachin. 6. *Contr.* 74. qui tamen militaria tantum testamenta hodie a querela immunia statuit, quod videtur Gilken. *in Auth. ex caussa C. de lib. præt. n.* 34 *et seqq.*

quæ de genere aliquo generaliter et indefinite scripta est; *Per speciem*, id est, per specialem constitutionem omnem, qua species aliqua ex eo genere eximitur. Idque observatur *in toto jure*: ut perinde nihil intersit lex specialis quam generi derogare volumus, quo loco quove tempore scripta sit: posteriorene an, quod maiorem dubitationem habet, priore. Atqui constitutio Justiniani superior generalis est, de liberis quidem in universum non tamen specialiter, sed generaliter et indefinite cavens. Ex eo autem genere jus vetus eximit milites et eos etiam filiosfamilias, de quibus specialiter cavet, cum de peculio castrensi aut quasi castrensi testati erant, ne adversus eorum testamenta querela inofficiosi admittatur; *d. L. testamentum. L. ult. D. de inoff. test.* Quare ex superiore regula etiam nunc id jus potius haberi debet, quanvis prius constitutum quod ad eam speciem liberorum directum est, ut per hoc verbis superioris constitutionis generalis derogetur. Altera sententia est, quæ non minus hoc idem efficit: Quidquid posteriore lege specialiter expressum non est, id veterum legum costitutionumque regulis relictum intelligendum est. *L. præcipimus*, in fin. *C. de appel.* Jam vero Justiniani constitutio superior generaliter scripta de liberis, nihil specialiter exprimit de his aut illis, minime autem de filiisfamilias militibus. Proinde et quod ad hos pertinet, id veterum constitutionum regulis relictum intelligere debebimus. Hæ autem superius beneficium diserte his tribuunt. Quamobrem id etiam nunc relinqui statuendum est. Tertia sententia, et ipsa certi juris, hanc eandem interpretationem a nobis exigit, quæ hæc est, priores leges ad posteriores trahi et quodammodo posterioribus inesse, contraque posteriores ad priores, *L. non est novum*, et duab. seqq. *D. de legib.* Quo dicto admonemur, sic posteriores interpretandas esse ut quasi priores in his inessent; sic et per eas conserventur, nisi aperte et nominatim sint contrariæ; Ambas autem ita, ut unæ ab aliis in eo quod obscurum est interpretationem et temperamentum vice mutua accipiant. Quapropter priores leges quæ militibus etiam filiisfamilias superius illud privilegium tribuunt, sic ad constitutionem Justiniani posteriorem trahendæ sunt, ut quod in hac obscurum est et de quo nunc ambigitur utrum ad milites pertineat et vetus eorum privilegium abroget, ex prioribus illis legibus interpretationem capiat, intelligamusque hactenus Justinianum de liberis generaliter constituere, ut veteres leges de certa specie horum liberorum salvæ sint. Neque vero ideo Justiniani illa constitutio erit supervacua et inutilis: quasi per omnia idem constituere intelligatur, quod prioribus legibus cautum est. Ut enim accipiatur de solis liberis qui milites non sunt et quorum testamenta inofficiosa etiam omni jure vetere per querelam rescindi potuerunt; tamen hoc novi habet superior illa constitutio, quod quemadmodum prius exegerat a parentibus in caussa liberorum, sic nunc exigit a liberis in caussa parentum, ut si parentes impune præterire vel exheredare velint, caussas justas hujus exclusionis afferant, et eas quas ipse præscribit; hoc amplius ut eas adscribant testamento. Quod quidem jus ab illo non minus in liberis quam prius in parentibus novum constitutum est. Et vero hoc unum illi propositum esse apparet tota ea constitutione, ut de his caussis et definiendis et testamento exigendis constituat. Unde in superiore loco non simpliciter cavit non licere liberis parentes præterire vel exheredes facere; sed addit temperamentum, cujus nomine potissimum omnis illa de præteritionis et exheredationis pœna constitutio instituta est, nisi caussas quas subjicit, in suis testamentis nominatim expresserint.

XII. Sed plerique, ut putent superiore constitutione potissimum filiosfamilias milites comprehendi, moventur his verbis constitutionis, quibus exponit Justinianus de bonis propriis, et addit in quibus liberi testari possunt: quam adjectionem non existimat aliis quam filiisfamilias militibus convenire. Nam hæc adjectio, de quibus testari possunt, oratio est addita discretionis caussa, ad distinguendos scilicet eos liberos qui habent quidem propria bona, sed de quibus testari non possunt: ad quos Justinianus intelligi vult constitutionem suam non pertinere. Eos autem qui propria bona habeant, de quibus tamen testari non possint, isti non alios esse putant quam filiosfamilias milites. Hi enim soli sunt in quos cadat hæc distinctio bonorum, ut et adventicium peculium habere possint, et habere castrense aut quasi castrense. Utrumque proprie in bonis filiifamilias: sed tamen ita, ut de castrensi et quasi castrensi peculio testari possit, de adventitio non possit. *L. pen. L. ult. C. qui test fac. pos.* Et sane cum Accursius et Bartolus judicarunt superiore constitutione privilegium vetus abrogari in

his qui de peculio castrensi aut quasi castrensi testantur, omnino necesse est intelligi motos illos esse istiusmodi ratione. Quasi vero Justinianus ea constitutione caveat de liberis tantum filiisfamilias, a quibus solis hoc exigeret ne parentes te tamento suo excluderent sine legitimis caussis, et his nominatim adscriptis; ac non potius et districtius idem exigat ab iis qui sunt sui juris, nec milites sunt. Neque verba refragantur, sed et hoc ipsum recte (3) exprimunt. Non enim verum est solos esse filiosfamilias milites, qui bona propria habere possint, de quibus alias oun pos iut testari, alias possint. Pertinet hoc et ad patresfamilias maxime, inter quos magnus numerus est eorum, qui cum bona propria habeant, de his tamen testari non possint: cujusmodi sunt impuberes, furiosi, mente capti, prodigi, et alii qui indicantur in §. *præterea* et deinceps. *Inst. quib. non est permis. fac. test.*

XIII. Sed ad superioris illius sententiæ confirmationem objicitur ad extremum *Novel. de fanct. epis.* §. *presbyteros*, unde *auth. presbyteros*, *C. de epis. et cle.* Illic Justinianus ita cavet: ut presbyteri, diaconi, et cæteri qui ministerio aliquo ecclesiastico in ecclesia funguntur, res quolibet modo sibi acquisitas in sua potestate habeant ad similitudinem castrensium peculiorum, eas donare possint cui velint secundum leges, de his item testari, etsi in potestate parentum sint: ita tamen, ut horum filii aut his non exstaotibus parentes eorum legitimam portionem ferant. Loquitur ergo Justinianus de filiisfamilias qui Ecclesiæ et Reipublicæ militantes, peculium quasi castrense habent, idem sibi proprium, de quo et testari possint: sed quod facere illis concedat solum hac lege, ut horum filiis aut parentibus legitima portio relinquatur. Hac adjectione, sive ea modum sive conditionem in se continet, satis aperte declaratur, si ecclesiasticæ istæ personæ de bonis propriis testentur, exclusis sine caussa legitima liberis, aut parentibus ita ut nec quidquam ad legitimam portionem his relinquant, impune id non futurum, sed aut testamentum futurum inutile jam a principio, aut rescindi aliquo jure posse: salvo manente testamento, condictione saltem ex lege ad legitimam obtinendam agi posse: denique aliquam pœnam esse debere istius inofficiosæ exclusionis. Quænam igitur erit hæc pœna? Et cum de eo nihil adjiciatur in costitutione Justiniani, ex vetere jure sumendum est quod hic sequamur. Semper enim tenendum est illud quod ante dixi, priores leges ad posteriores trahi, ut si quid in posterioribus obscurum sit aut omissum, id ex prioribus interpretationem accipere aut suppleri debeat. *L. non est novum*, *L. seq. D. de leg.* Est autem ex vetere jure præteritionis exheredationisve injustæ hæc pœna, ut si alio jure testamentum irritum non fiat, sit adversus testamentum inofficiosi querela, quo id rescindatur. Proinde hanc ipsam pœnam in constitutione Justiniani superiore intelligemus, non item condictionem ad legitimam auferendam integro manente testamento, ut Accursius accepit. Hoc ergo Justinianus superiore constitutione dicere intelligitur, ecclesiasticos filiosfamilias ita de peculio suo quasi castrensi, quod et ipsi sibi proprium habent, testamentum facere posse; ut tamen in eo per omnia jure communi utantur usque adeo, ut si liberis aut parentibus immerito præteritis vel exheredatis nec legitimam portionem his relinquerint, testamentum aut alio jure evertatur aut si alio jure consistit, subjiciatur inofficiosi querelæ: ut vetus istius exclusionis pœna est. In quo privilegium vetus militum de inofficiosi querela his de peculio quasi castrensi testantibus denegari. Et cur non hoc idem in cæteris militibus Justiniano placere existimemus: et quidem tanto magis, quanto ii qui ecclesiæ serviunt, maiore favore digni videntur? Ego autem de superiore constitutione ita respondeo, agnoscere me id quod ante ostendi, ecclesiasticos, filiosfamilias quanvis peculium quasi castrense habeant et de eo testentur, tamen vetere privilegio militum quod ad querelam inofficiosi testamenti pertinet, in eo non uti: denique his a Justiniano ea constitutione id privilegium (4) denegatum esse. Sed non si his denegatum est, ideo horum exemplo cæteris militibus de peculio castrensi aut quasi castrensi testantibus id abrogatum videri

(3) Recte: Nam si verba *in quibus etc.* solis filiisfamilias conveniunt, ad illos solos restringenda erit tota dispositio. Unde absurdum quod filio qui non est in potestate, liceat parentes exheredare etc. Aut saltem, non sine vitio, de his definire Imperator omisisset.

(4) Itaque horum testamentum querelæ subiacet. Eschin. 4. *Contr.* 75. Etsi quidam id negent, sed petitionem tantum legitimæ parentibus horum concedant, vid. Forst. *d. lo. n.* 41. *et n.* 46.

debeat. Quin potius contra dici potest, cum ex his filiisfamilias quibus id privilegii olim datum est quosdam Justinianus specialiter eo uti vetet, hoc ipso cæteris id relinquere videri: ut de pluribus judicibus a prætore datis responsum est, quorum unum postea prætor judicare vetat. *L. cum prætor*, in pr. *D. de judic.* et tamen dici possit idem jus ad alios omnes milites transferri debere, si in cæteris quoque eadem esset ratio. *L. illud. D. ad leg. aq.* Sed propria et singularis quædam ratio est in ecclesiasticis personis, quæ ab his in hac re jus superius exigit et eas a reliquis separat, eaque duplex. Una est, quod Justinianus singulari jure præter cæteros hoc ecclesiasticis tribuit, ut quanvis sint filiifamilias, tamen omnia bona undecunque quæsita, proinde et adventicia in sua potestate habeant peculii quasi castrensis jure, deque his eodem jure testari possint: quod in adventiciis bonis nulli unquam filiofamilias ante datum est. *L. pen. §. ult. C. qui test. fac. poss.* Itaque non erat alienum, ut qui hac parte ecclesiasticis in jure testandi tantum tribuebat, alia parte etiam privilegium in eo vetus minuens ad jus comune eos revocaret. Altera ratio posita est in testatorum persona. Nam qui ecclesiæ præsunt, aut in ea aliquo munere funguntur, ea sunt conditione personæ ex verbo Dei, ut cæteris exemplo ad omnem pietatem et omnia charitatis officia prælucere debeant. Erat igitur convenientissimum, quam pietatem erga parentes, charitatem erga liberos a privatis et paganis in suprema eorum voluntate jus comune exigit, eandem saltem ab iis exigere, qui pro officio et instituto vitæ majorem etiam præstare debere videbantur.

XIV. Summa ergo sit hæc, quam etiam post Novellas constitutiones Justiniani tenere debeamus. Adversus testamentum militis patrisfamilias, quocunque jure testetur sive militari, sive comuni, et de quibuscunque bonis sive castrensibus, sive aliunde quæsitis, nulla est querela inofficiosi, ne liberis quidem militis. *L. de inofficioso*, *C. de inoff. test.* In eadem caussa est testamentum filiifamilias militis qui modo de castrensi peculio testetur, de quo solo potest. *L. testamentum*, *C. eod.* sed hac lege, ut sui juris factus non solum hoc privilegium retineat in bonis castrensibus, sed etiam hoc idem in cæteris bonis aliunde quæsitis nanciscatur, utpote translatus ad conditionem et jus militum patrumfamilias. Sed hæc de veris militibus dicta sunt. Adversus testamentum autem eorum qui in toga aut opera forensi tanquam Republicæ militantes de quasi peculio testantur, etiam cessat querela inofficiosi: sed privilegio hactenus dissimili, quod qui in hoc numero sunt tandiu utuntur hoc privilegio, quamdiu sunt in parentum potestate. Sui juris facti, quamvis eamdem militiam exerceant, tamen ut peculium quasi castrense, ita cum peculio superius privilegium amittant cautum in *d. L. ult. §. ult. C. de inoff. test.* Hic nobis excipiendi sunt ecclesiastici filiifamilias quibus, quanvis concessum sit de omnibus bonis propriis tanquam de peculio quasi castrensi testari, tamen hactenus datum est ut in eo per omnia jure comuni utantur; id est non solum in testamenti factione, sed etiam in eo, ut pro officio pietatis liberis suis aut parentibus in legitima portione illis relinquenda satisfaciant, alioqui querelæ obnoxii: idque singulari exemplo ob eas caussas, quas supra dixi.

XV. Sed quodcunque hic privilegium est, meminerimus tributum esse militibus. Proinde qui prius milites erant, si semel milites esse desierint, simulatque id acciderit dum postea testamentum facient, hoc privilegio non utentur. Inde dictum, contra veterani patrisfamilias testamentum (5) esse inofficiosi querelam, etsi ea sola bona habuit quæ in castris quæsierat. *L. Papinianus*, *§. Papinianus*, *D. de inoff. test.* Quippe veteranus dicitur, qui emeritis stipendiis militia missus, seu sacramento militiæ solutus miles esse desiit. *L. 2. §. ignominiæ D. de his not. infr. L. 1. C. de excus. veteran. L. pen. C. quan. provoc. non est nec.* Quod multo magis in iis qui aliis de caussis militia missi sunt intelligendum est; cujusmodi caussæ enumerantur in *d. L. 2. §. ignominiæ. de his qui not. inf.* Quod si hoc in veteranis patribusfamliias recipimus, multo magis in filiisfamilias probandum est, qui et ipsi veterani facti aut aliis de caussis militia missi in numero militum esse desierunt, quanvis testentur de peculio quod in castris quæsierant. Plusquam enim notum est, in jure testandi multo plus tributum esse patribusfamilias, quam filiisfamilias, sive ambo milites sint, sive ambo

(5) Vide Connan. 9. *Comm* 8. *n.* 10. *sub fin.* qui vult, etsi jure militari valeat testamentum intra annum post missionem; querelæ tamen, et tunc subjacere; quia non de viribus testamenti hic dis utetur, sed factum pietati adversum incusetur.

pariter pagani: et maxime si ambo pagani: ut profecto quod patribusfamilias ademplum est ob id quod jam milites non sunt, non debeat filiisfamilias, qui et ipsi milites esse desierunt, relictum videri. Atque hoc etiam si in veteranis recipimus qui prius vere milites fuerunt; absurdum est non idem intelligi in bis filiisfamilias qui Republicæ quasi militabant, si ea militia quam exercebant defungi cœperint, ut sic tanquam veterani in suo munere esse inciperent. Semper enim huc redeundum est, hoc privilegium filiisfamilias datum sese non peculio castrensi aut quasi castrensi, sed militibus filiisfamilias, qui salaria vel stipendia percipiunt publica, qui iidem propterea de peculio castrensi testentur; ut declaratur in *d. L. ult.* §. *de aliis*, *C. de inoff. test.* Itaque quod subiicitur in *ead. L.* vers. *in hic itaque omnibus* omnes filiosfamilias qui peculium quasi castrense habent, de eo testari posse, addito etiam hoc privilegio, *ut neque eorum testamenta querela inofficiosi expugnentur*: semper ex superioribus sic interpretandum est, ut intelligamus omnes qui peculium quasi castrense habent, qui iidem sint ex iis quibus paulo ante hoc peculium datum erat, id est qui opera publica militent Reipublicæ, unde et salaria vel stipendia percipiant publica. Quod eum aliter interpretati sint Accursius et Bartolus et ad eam *L.* et ad *L. Papinianus*, §. *Papinianus*, *D. de inoff. test.* istis filiisfamilias quanvis jam suo munere defunctis nihilominus superius privilegium tribuentes, apparet eos posterioribus verbis Justiniani deceptos sententiam eorum quæ ex prioribus facile colligebatur, omisisse. In quo ut sententiam legis, et veram caussam hujus privilegii perverterunt, simul et in absurdum quod ante dixi, et in contrarii loci reprehensionem incurrerunt. Hoc autem posito omnibus militia sua functis superius privilegium cessare, evenire dicemus ut filiusfamilias qui de peculio quasi castrensi sine metu querelæ testetur, hoc privilegium duobus modis amittat. Uno, si adhuc militans sui juris fiat, de quo ante diximus. Altero, si in potestate manens militare Reipublicæ in suo munere desinat.

## CAP. VI.

### Quibus modis querela inofficiosi testamenti amittatur.

*Continuatio. Amittitur inofficiosi querela modis quatuor.* I.

1. Repudiatione: *duplici modo, et quatenus utroque.* II.

*Nisi quis tamen repudiavit ab herede scripto deceptus. Duplex deceptionis modus, querela decepto integra, non ejus heredi.* III.

2. Judicii defuncti agnitione: *quacunque in parte, ex jure veteri quale hoc sit explicatur.* IV. V.

*Justinianeo jure: interest, an quis scriptum heredem agnoverit, an vero legatum, seu quod capitur mortis caussa.* VI.

*Heredem qui agnovit, amittit et hoc jure querelam. Agnitio heredis quot modis et quibus fiat.* VII. VIII.

*Non ita qui legatum simpliciter agnoscit sibi relictum, et hoc quatenus. Veteris juris a novo differentia in legati agnitione, ejusque vis triplex et quæ.* IX. X.

*Legatum alteri relictum quocunque modo agnoscat exheredatus, non amittit querelam contra ac jure veteri: et quare.* XI XII.

*Nec, si quod capitur mortis caussa accipiat.* XIII.

3. Quinquennii spatio, *ex die aditionis. Quid si heres scriptus non adeat intra legitimum tempus hereditatem.* XIV.

4. *Morte ejus qui utitur querela, nisi, ea præparata, decesserit.* XV.

*Querela præparatur, aut lite de inofficioso contestata, aut facta denuntiatione, aut agnita possessione bonorum.* XVI.

*Qualis hæc possessio bonorum cujus agnitione præparatur querela.* XVII. XVIII.

*Duo agnitæ possessionis commoda et quæ.* XIX.

*Querela non preparata ad heredes non transmittitur.* XX.

*Exceptio.* XXI.

I. Atque hi sunt, adversus quorum testamenta querela inofficiosi non datur, in quibus accidit, ut ea ne a principio quidem competat. Est etiam, ut proposui, cum quæ ab initio competere cœperat querela, eventu amittatur. Quo facto tam competere desinit, quam si nunquam cœpisset. Amittitur querela inofficiosi partim facto ejus cui competere cœperat, partim casu. Facto dupliciter, repudiatione, judicii defuncti agnitione. Casu item dupliciter, tempore, et exclusi morte: ut si hæc in unum conducere placet, summa hæc sit; querelam inofficiosi testamenti quatuor modis amitti, repudiatione, judicii defuncti agnitione, tempore, morte.

II. Repudiatione querela inofficiosi amittitur, cum cui ea delata erat, eam repudiavit, id est ostendit se ea uti nolle. *L. qui repudiantis, D. de inoff. test.* Cui enim inquam, ea delata erat. Nondum enim delata repudiari non potest, ut nec aliud quidquam quod nondum delatum sit. *L 1. §. decretalis, D.de succ. ed. L. is qui heres, D. de acq. her.* Hoc modo amittitur querela, sive quis, rebus integris priusquam eam moveret eam repudiaverit, ut diceret se ad accusationem venire nolle: *d. L. qui repudiantis, D. de inoff. test.* sive, instituta jam et ordinata querela, litem deseruerit. *L. Papinianus, §. 1. L. nam etsi, §. 1. D. eod.*

III. Ita tamen superius utrunque, nisi qui repudiavit deceptus ab herede scripto id fecerit. Deceptus eadem querela quanvis ante repudiata, tanquam integra recte utetur: qui si in eo summoveatur ab herede scripto pacti aut repudiationis exceptione, doli mali replicatione elidetur, ut fit in omnibus pactis dolo adversarii ad remittendum quid interpositis. *L. tres fratres, D. de pact.* Duobus modis ad eam repudiationem dolo scripti heredis quis induci potest; aut mendacio ejus aut vanis promissis: quorum etiam modorum utroque querelam decepto integram esse legimus. Mendacio heredis, ut si is mentitus sit filio exheredato se tacite rogatum esse tertiam partem hereditatis ei restituere; quo dicto persuasus filius querelam repudiavit ab initio, aut institutam deseruit: de hac specie in *L. eum qui* in pr. *D. de inoff. test.* Vanis promissis, si exheredatus de querela pacto transegit,

idest ita a querela recessit, ut vicissim quid ab herede scripto acciperet, quod et ille se præstiturum pactus est, post autem heres promissis fidem non præstat: quæ species est *L. si instituta*, in pr. *D. de inoff. test.* Sed utrumvis horum factum erit, sciamus solum decepto ipsi integram esse querelam: qui si non repetita querela decesserit, heredi ejus non dabitur: sed supererit ei actio de dolo intra tempora constituta: quæ sententia est *L. cum mota*, *C. de transact.* (1) Hoc ideo, quia querela non præparata ad heredem non trasmittitur, ut postea dicetur. *L.* 6. *§. ult. L.* 7. *D. de inoff. test.* Non est autem præparata, a qua defunctus mutata voluntate discessit, etiamsi maxime eam prius instituisset. *Non enim*, inquit Papinianus, *sufficit litem instituere si in ea non perseveres.* L. *nam etsi*, §. 1. *D. eod.*

IV. Judicii defuncti agnitione querela amittitur: cum cui ea deferebatur, judicium defuncti, idest testamentum agnovit. *L. Papinianus*, §. *si conditioni*, *L. si ponas*, §. 1. *L. ultim. D. eod.* Judicium defuncti agnoscere est judicium defuncti comprobare, ut declaratur in *L. nihil* §. *pen. L. ult. D. eod* Hoc modo querela amittitur, quia hæc agnitio genus quoddam est tacitæ repudiationis: Pugnant enim inter se testamentum comprobare et id per querelam rescindere velle, quo modo maxime testamentum improbatur. Ita qui prius facit, eadem opera querelam improbare et a se removere velle intelligitur. Sed et veteres ita definiunt, quod semel probavimus, id nos improbare non posse. *L. Pomponius scribit*. 9. *D. de neg. gest. C. quod semel*, *de reg. jur. in vi.* Quare qui semel judicium defuncti agnoscendo probavit, id amplius per querelam oppugnando reprobare non potest. Hoc genere agnitionis olim ante constitutiones Justiniani querela inofficiosi amittebatur quacunque in parte, quacunque in re testamenti judicium defuncti quis agnovisset.

V. Quod, partibus testamenti propositis et ad eam regulam breviter revocatis, facile intelligetur. Tria sunt in quibus omne judicium defuncti in testamento versatur: heredis institutio; quæ præter hanc relinquuntur, legata, fideicommissa, tutelæ dationes; tum mortis caussa capiones: ut, si heres institutus sit sub conditione, si illio exheredato decem daret; hæc decem neque legata sunt filio neque fideicommissa, unde nec si velit ea consequi, potest ab herede petere. *L. si quis sub conditione*, *D. si quis omis. caus. test.* Filio tamen data judicio defuncti capiuntur, et quia capiuntur per occasionem mortis ejus, ideo speciali vocabulo dicuntur a nostris mortis caussa capi. *L. mortis caussa capitur*, *D. de mor. cau. don.* Hoc igitur dicimus, quidquid horum olim agnovisset is qui de inofficioso queri poterat, et ut in est in *L. ult D. de inoff. test.* qui in his qualequale judicium defuncti comprobasset, hac agnitione querelam amisisse, ut ibidem traditur. Et merito: quia ita jus erat, ut qui agnovisset unam partem testamenti, is non totum testamentum comprobasset, propter regulam juris quæ efficiebat, nisi heredis institutio consisteret, atque adeo nisi quis ex iis qui instituti erant, heres existeret: nihil ex iis quæ testamento scripta sunt, valere. §. *ante*, *Inst. de leg. L. si nemo*, 9. *D. test. tut. L. eam quam*, *C. de fid.* Cujus regulæ vis hæc est, ut si quis quid in testamento scriptum valere vellet, prius huic etiam heredis institutionem constitutam esse oporteret, ac per hanc totum testamentum. Atque hanc istius omnis agnitionis potestatem olim fuisse quam diximus, qua scilicet excluderetur quis querela inofficiosi agnitis singulis testamenti partibus, veterum responsa ad singulas eas partes collata quæ exstant sub *tit. D. de inoff. test.* abunde probant. Si quis ergo heredem scriptum pro tali agnosceret, certo querela excludebatur. *L. si ponas*, §. 1. *D. eod. tit.* Sed non minus placebat hoc idem evenire ei qui legatum agnovisset, dum rem legatam accipit aut ex testamento petit: idque sive ipsi relictum esset, et quid eorum quæ modo dixi, in eo legato faceret, *L. si pars*, §. 1. *L.* 1. *D. eod.* sive alii relictum aut nomine

(1) Tutior hæc conciliatio, probata a Duar. ad *h. t. D. Cu.* 17. Cujac. ad *d. L.* 27. *h. t.* et Loriott. *de Jur. Arte Tr.* 17. *et* 3. *seqq.* Heredibus nocere scribens, quod querela non præparata; ipsi transigenti non item, quia per transactionem sane querela præparatio extinguitur *L.* 31. *in fi. C. h. t.* non autem querela ipsa, quin denuo præparari possit, per *L.* 7. §. 1. vers. *tamen D. de transact* Et a Pacio 3. *Q.* 36. sed qui hanc rationem non reddit, et Goth in *d. L.* 6. qui alia ratione minus apta. Aliter Alciat. 5. *Parad.* 6. Costal. ad *d. L.* 27. et Reiner. Bachov. *Misc. Disp. C.* 7 *pag.* 63. videntes in *d. L.* 27. nudo pacto renunciatum fuisse, atque non extinctam querelam, in *d. L.* 6 per renunciationem recessum, et ita extinctam. Male: quia omnis transactio, etsi nudo pacto fiat, per se efficax, renunciationem continens. Aliter Fachinæ. 1. *Contr.* 10.

ejus peteret, defenderetve in judicio tanquam procurator, vel patronus; aut a legatario ipso postea relictum acciperet. *L. pen.* §. *ult. L. ult. D. de inoff. test.* Neque aliud placebat de eo qui implendæ conditionis caussa aliquid ab herede scripto, aut a legario accep sset, id est aliquid mortis caussa (2) cepisset per occasionem mortis et judicii testatoris, *d. L. Papinianus* §. *si conditioni*, *D. eod.*

VI. Nunc hæc post constitutiones Justiniani aliter se habent. De quo sic habendum est. Interest utrum exheredatus et quisquis de inofficioso queri potest agnoverit heredis istitutionem, seu heredem scriptum pro herede habuerit, an vero legatum quod erat simpliciter agnoverit, aut aliquid ejusmodi quod mortis caussa caperetur.

VII. Qui heredem scriptum pro herede agnoscit, olim querela excludebatur, ut diximus, *d. L. si ponas*, §. 1. Etiam nunc idem jus est. Qui enim heredem scriptum pro herede habet, is heredis institutionem in testamento comprobat. Ad quam rescindendam cum querela feratur, nempe hoc sequitur, ut qui institutionem ita probavit, is eam nulla querela postea mota improbare aut rescindere possit: si quidem verum est quod supra posuimus, quod semel probavimus id nos reprobare non posse. *d. L. Pomponius scribit*, 9. *D. de neg. gest.* Itaque etiam nunc, ut olim, quærendum est quis heredem scriptum pro herede agnovisse videatur.

VIII. Agnosci heres pro herede potest aut verbis, aut re aliqua et facto seu judicio aliquo voluntatis. Verbis agnoscit si quis hoc ipsum testetur se heredem pro herede agnoscere, aut, quod idem valet, se judicio testatoris consentire. Qua testatione tam aperta nihil dubii esse potest, quin certo querela inofficiosi excludatur. *L. pen.* in fin. *D. de inoff. test.* Re et facto agnoscere intelligitur qui cum herede scripto aliquid gerit, quod nisi is heres esset, utiliter geri non posset. Hujusmodi facta hæc sunt, quæ commemorantur in *d. L. si ponas*, §. 1. *D. de inoff. test.* si, puta exheredatus, quive alias de inofficioso queri poterat, res hereditarias ab herede emat aut conducat, aut quod defuncto debuit heredi solvat. His, inquam factis, qui queri poterat, querela excluditur, tanquam qui judicium defuncti agnoverit. Agnovisse autem ideo intelligitur, quia nihil istarum rerum gerere utiliter potuit cum herede, nisi is heres utiliter testamento scriptus. Utputa, nihil potuit rerum hereditariarum ab eo utiliter emere aut conducere, nisi is earum dominus esset, ut de iis posset pro jure suo statuere: nec potuit dominus esse, nisi jure hereditario: nec jure hereditario nisi vere heres; nec vere heres: nisi utili testamento scriptus. Ita qui consequentia illa quæ ex jure testamenti pendebant admisit, is quæ necessario antecedebant, in primis autem vim testamenti comprobavit. *L. illud. D. de acquiren. hered.* Eadem ratio ejus, qui quod defuncto debebat heredi scripto solvit. Non enim potuit utiliter solvere ad liberationem, nisi creditori, aut alii voluntate creditoris. *L. invito*, *D. de sol.* Nec potuit heres scriptus creditor esse, seu is cui idem quod defuncto deberetur, nisi is esset qui vere heres in jus defuncti successisset; nec vere heres nisi utili testamento. Ita hic quoque admissa superiore solutione, ab ea tanquam certis quibusdam gradibus ad jus heredis et vim testamenti, quæ necessario præcedunt, pervenitur. Ejusdem generis factum est, si herede sub conditione instituto, si decem exheredato daret, ea decem exheredatus conditionis implendæ caussa ab herede accepit. Quam ob caussam et eum qui id fecerit querela excludi placet, et excludi ideo, quia judicium defuncti hoc facto agnoverit. *L.* 8. §. 10. *D. de inoff. test.* Qua in re ergo judicium defuncti agnovit? quod heredem scriptum pro herede esse voluit, atque hoc modo ejus institutionem comprobavit. Qui enim ab eo decem accepit conditionis implendæ caussa, sic accepit ut heres qui dabat, heres esse posset suo arbitrio, si vellet: hac enim gratia conditio ab herede impletur. Isto nomine autem qui accipit, aperte indicat se institutionem heredis comprobare.

IX. Diversa caussa est legati quod qui de inofficioso queri poterat, eo testamento relictum agnoverit. Qui legatum inofficioso testamento relictum agnovit, si nihil amplius agnovit quam id legatum, is ea agnitione, ut nunc jus est, nunquam querelam inofficiosi amittit. Effectum hoc est constitutionibus Justiniani, partim iis quæ exstant sub *C. de inoff. test.* partim *Novella*, *ut cum de appell. cog.* §. *sive igitur*, *et* §. *justum.* Idque hoc modo facile intelligetur. Aut enim exheredato ipsi eive qui de inofficioso queri poterat, legatum id reli-

(2) Nec referebat per se caperet an per alium, Duar. *h. t. C.* 17. item si servo suo relictum agnosceret. *L.* 12. *pr. h. t.* ad quod vid. Conuan. 9. *Comm.* 9. *n.* 7.

ctum est aut alii, quod nihilominus exheredatus agnosceret. Qui legatum sibi inofficioso testamento relictum agnoscit vel id accipiendo vel petendo, is ea agnitione querelam non amittit: non quia querela non excludatur: sed quia excluditur ipso legato, non legati agnitione. Excluderetur enim etsi legatum non agnovisset, quanvis forte minus relictum esset portione legitima. Effectum hoc lege Justiniani. *L. omnimodo, C. de inoff. test.* qua cautum est, ne sit querela ei, cui quid vel minimum testamento relictum erit; et si quid deest ad legitimam portionem, solum hoc relinquitur legatario, ut eo quod datur accepto, agat ad supplementum reliqui. Ipso ergo legato ut dixi, excluditur qui alioqui de inofficioso queri poterat, non hujus legati agnitione. Id etiam efficitur hoc modo. Nemo dicendus est rem amittere, quæ propria ejus non fuit. *L. nemo videtur rem, D. de reg. jur.* Atqui quantuncunque ei qui de inofficioso queri poterat relictum sit testamento, etiam si minimum, is nunquam habet querelam, ut dici possit ejus quandoque fuisse propria sive legatum agnoscat, sive repudiet. *d. L. omnimodo.* Quare qui sibi legatum agnoscet, non ideo dici poterit querelam amisisse, quam nunquam habet.

X. Quo loco operæ pretium est, quæ in hujus legati tum vi tum agitione ad exheredatum excludendum inter jus vetus et novum differentia sit animadvertere, ne de his responsa veterum pleraque nos fallant: quæ etiamhum hodie exstant sub *tit. D. de inoff. test.* et quoniam nusquam aperte emendata proponuntur, etiam mansisse videri possunt. Est autem ea differentia triplex. Prima est. Olim si exheredato, aut quisquis est qui de inofficioso agere poterat, minus portione legitima relictum esset, licebat a repudiato legato agere querela inofficiosi: cui tunc erat locus, cum tota legitima relicta non erat. *Inst. de inoff. test.* Hodie cui quid testamento datum est, etiamsi minimum, statim querela excluditur, tantumque hoc ei relinquitur superiore lege Justiniani, ut admisso legato possit agere, ut quod legitimæ portioni deest, suppleatur. *d. L. omnimodo.* Secunda differentia hæc. Olim qui sibi legatum quanvis minimum agnovisset, excludebatur quidem querela, uti et nunc. *L. si pars, §. 1. D. de inoff. test.* sed hoc amplius etiam omni alia petitione ad legitimam pertinente. Nondum enim actio ista ad supplendam legitimam a Justiniano erat prodita. Hodie qui legatum infra legitimam portionem sibi relictum agnovit, sic excluditur querela inofficiosi, ut a petitione reliqui, quod legitimæ deest (3) non excludatur, nisi aperte professus sit se relicto contentum, omnem de reliquo quæstionem remittere, *L. si quando, §. ult. C. de inoff. test.* Tertia differentia. Olim qui sibi legatum agnovisset, si id rogatus esset alii restituere, eo restituto non prohibebatur agere de inofficioso, *d. L. 10. in fin. D. de inoff.* Quippe tum valebat fideicommissum quo exheredatus oneratus fuerat. Non videtur autem quis cepisse quod alii restituturus est, *L. 71. D. de verb. signif.* Nunc autem commutata a Justiniano superiore ratione, qui legatum habet etiam quod restituere jussus est, a querela excluditur. Non sane quod non recte dicatur, sitque perpetuum, accipi non videri, quod restituendum est: sed quod exheredato legatum alii restituere rogato, effectum est alia constitutione Justiniani, ut id onus de legitima portione subducatur, perindeque habeatur quasi usque ad modum legitimæ, nec restituere rogatus esset. *L. quoniam in prioribus, C. de inoff. test.* Unde fit illi alteri ejusdem Imperatoris constitutioni locus, ut cui quid simpliciter legatum est, is sive agnoverit, sive repudiaverit legatum, a querela excludatur. *d. L. omnimodo.* Quæ omnia huc redeunt denique, ut probent, quod supra posui, quodcunque et quantumcunque legatum sit filio exheredato, eive qui de inofficioso alioqui queri poterat, eum jam inde a principio querela excludi ipso legato, non legati hujus agnitione, ut qui excluderetur, etsi legatum repudiasset; denique eum post id legatum nunquam querelam habuisse, quam idcirco dici non possit postea ullo suo facto amittere.

XI. Quod si legatum alii relictum erit, exheredato nihil; hic amplius dicimus, non

(3) Wes. in *Auth. noviss. C. h. t. n.* 96. Agnitio, ait, judicii defuncti, quæ querelam excludit, non tamen petitionem supplementi, quia ultima voluntas non est contraria legitimæ, ac ut maxime sit de facto, de jure esse non potest. Convenit Gail. 2. *Obs.* 120. *n.* 11. Et quod acceptatio relicti a patre non noceat filio, quo minus repleatur quod deest portioni, etsi testator jussit illo contentum esse, nec dum acciperet, filius protestatus sit, vid. Roder. Suarez. *in Repet. L. quoniam* 32. *C. h. t. ampliat.* 9. A. Fab *Cod. suo h. t. Definit.* 10. Confer *supra C.* 4. *n.* 36. Diss. A. Fab. 14. *Err. Prag.* 9. sentiens hoc casu querelæ jus esse filio, nec posse ad repletionem agi.

solum huic exheredatu statim a principio querelam nasci, de quo inter omnes convenit, constatque ex eodem, *L. omnimodo*, et *§. sed. hæc ita. Inst. de inoff test.* sed etiansi quod alii relictum erat, exheredatus agnoverit, nihilomagis eum hac agnitione amittere querelam inofficiosi. Duobus modis fit, ut exheredatus legatum alii relictum et ipse agnoscat, et simul in eo judicium defuncti, quos modos obiter tantum supra attigimus. Unu modo, si exheredatus legatario isti legatum pet nti se advocatum aut procuratorem in ea caussa præbeat. *L. ult.* in pr. *D. de inoff.* Nam qui legatum petit etsi alieno nomine ut procuratores solent, aut petenti eam petitionem defendit ut advocati, necesse est prius hoc intendat legatum valere: nec potest valere nisi ex utili testamento: ut proinde et hoc necesse sit ante omnia judicium testatoris in eo comprobari; id autem est agnosci. Atque hac de caussa etiam qui illa fecisset, tanquam qui agnovisset judicium defuncti, querela excludebatur *d. L. ult.* Altero modo, si Titio, exempli gratia, fundus Tusculanus legatus sit testamento inofficioso: quem deinde Titius (4) leget exheredato, aut eo herede instituto successionis jure ei relinquat, cumque exheredatus agnoscat, *L. pen. §. ult. L. ult.* in pr. *D. de inoff. test.* agnitio judicii defuncti in hac specie intelligitur ex eo, quod exheredatus non potuit istum fundum a Titio legatario utiliter accipere, nisi Titius eum suo jure haberet, quem deinde posset in alium transferre: nec potuit Titius eum fundum suo jure habere, nisi utiliter ei esset legatus eo testamento de cujus jure nunc quæritur. Ita fit, ut qui jus legati in se comprobat, probet etiam in eo a quo caussam habuit: proinde et judicium prioris illus defuncti, a quo habendi caussa nata est. Ideo et hoc farto exheredatus tanquam judicio prioris defuncti agnito quanvis ab eo nihil omnino accepisset, non minus olim querela excludebatur, *d. L. pen. §. ult. d. L. ult.* in fin. Quorum utrunque recte olim placebat, ut tum jus fuit de viribus testamenti. Sic enim erat, ut supra dixi, regula juris, hereditate non adita atque hoc modo evanescente institutione heredis, nihil in testamento scriptum valere. *L. si nemo* 9. *D. de test. tut. L. eam quam. C. de fid.* quo efficiebatur non posse legatum ex testamento deberi, quin prius consisteret institutio heredis: ut necesse esset eum qui legatum admitteret, etiam institutionem heredis eodem judicio comprobasse videri, adversus quam proinde nulla esse posset postea querela inofficiosi.

XII. Postea commutata hujus juris ratio est a Justiniano, cum de testamento ob præteritionem vel exheredationem rescindendo agitur. *Novel. ut cum de app. cog. §. sive igitur, et §. justum*, unde *auth. ex caussa, C. de lib. præt. vel exher.* Cavit enim id quod summatim comprehensum est in ea *auth.* ex caussa præteritionis vel exheredationis irritum fieri testamentum quod ad istitutiones attinet: cætera in testamento scripta, ut legata, valere. Qua constitutione effectum esse apparet, ex caussa præteritionis et exheredationis sic distinctas res esse cœpisse institutionem heredis, et legata ut possint legata valere, et nihilominus rescindi et inutilis constitui heredis institutio. Hoc jure posito, non dubitabimus consequens esse dicere, eum qui nulla re sibi a testatore relicta de inoffi ioso testamento queri poterat, si legatum eo testamento alii relictum agnoscat, nequaquam hac agnitione querelam amittere. Non enim legato comprobato, ideo videri institutionem heredis agnovisse, quasi quam simul probari et valere oportere. Proinde nec prohiberi, pro eo jure quod ante habuit, hanc ipsam institutionem rescindere. Ad eam autem rem valet atque hoc ipsum agit querela inofficiosi. Quod ut ita esse intelligatur certius, sic mecum collige. Ex duabus rebus diversis quarum una sine altera esse potest, qui unam probat, non ideo intelligitur probare alteram quæ cum illo nihil commune aut conjuncti habet. *arg.* in *L. neque. C. de prob.* At superiore constitutione Justiniani Novella ex caussa præteritionis vel exheredationis tales res effectæ sunt heredis institutio, et legata testamento relicta; de quibus illa constitutione ita jus esse cæpit, ut et heredis institutio

(4) Quod Connan. 9. *Comm.* 9. *n.* 8. sic intelligit, si ante agnitum legatum decessit legatarius arg. *L. pen. §.* 2. *h. t.* verbis *jure suo*. Ex quibus probat, si post agnitum legatum, mortuus legatarius, filium non repellendum a querela, quia habeat legatum, non ut ex testamento patris, sed ex successione legatarii, ipsius jam effectum. Quæ vix probanda. Cum legati a defuncto non agniti nulla petitio sit heredi. Et verborum *jure suo* sensus alius: Nam si heres heredis scripti jure hereditario ex hujus successione possideat hereditatem: nihil est, quod querelam petat etc.

sine legatis esse posset, ut semper antea; *L.* 1. *D. de her. inst.* et contra legata, quanvis irrita facta heredis institutione. Quare qui legatum eo testamento alii relictum agnovit, probavit, non ideo heredis institutionem quæ nihil commune habet, quæque ad vim legatorum nihil pertinet, agnovisse aut probasse intelligitur. Quod si non agnovit institutionem exheredatus, cui alioqui relictum nihil erat, non potest omnino dici agnitio institutionis illi obstare, quominus omni jure suo quod prius habuit, ad eam institutionem rescindendam recte utatur: atque in eo jure est querela. Ne quis hic nobis objiciat, cum exheredatus alterius nomine legatum petit ab herede scripto, videri eum agnoscere heredem pro herede, quasi non possit utiliter ab eo legatum peti, nisi ille vere sit heres. Non enim ita est. Petitur hoc legatum ab herede scripto, non utique ut omnimodo id præstet suo nomine, tanquam vere heres: sed disjunctim, aut ut præstet suo nomine, si quidem eventu apparuerit eum utili testamento scriptum; aut si constabit eum heredem non esse, ut præstet nomine alieno; vel suo quidem, non tamen quasi heres, sed quasi qui negotium hereditatis gerat, dum de inofficioso testamento disceptatur et pendet utrum vere heres sit, necne.

XIII. Quod in legato alii relicto recipimus, ut hoc agnito non ideo exheredatus adversus heredis institutionem, quam non aperte agnovit, querela excludatur; non minus probandum est in his quæ mortis caussa capit exheredatus, si his accipiendis legatum tantum agnoscit, non etiam aperte heredis institutionem. Finge testatorem qui filium exheredaverat, legavisse fundum Titio sub conditione, si decem exheredato daret. Hæc decem data conditionis implendæ caussa si exheredatus accipit a legatario, sine dubio agnoscit judicium defuncti in eo legato, dum ita accipit, ut probet legatum, et velit id conditione impleta ad legatarium pertinere, quam ob caussam etiam olim querela excludebatur, *L. Papinianus*, §. *si conditioni*, *D. de inoff. test.* Hodie ex superiore illa constitutione dicemus, exheredatum cui testamento relictum nihil erat, secure ea decem accepturum, ut legatum debeatur Titio, neque ideo querela excludatur ad rescjndendam heredis istitutionem, quam legatum probando non idcirco videri debet comprobasse: quod superiori constitutioni consequens esse paulo ante ostendimus.

XIV. Tempore querela inofficiosi amittitur, si quis de inofficioso intra (5) quinquennium non egerit: quod tempus huic actioni præstitum est legibus *L. si qui filium*, in fin. *C. de inoff. test.* *L.* 2. *C. in quib. cau. in int. restit. nec. non est*, estque id jus vetus, cujus judicium est in *L. Papinianus*, in fin. *et L. seq. D. de inoff. test.* Hoc quinquennium placuit Justiniano non computandum a morte testatoris, ut Modestini sententia fuit, sed ab adita hereditate secundum Ulpiani opinionem, quam ille edita constitutione nominatim confirmavit, *L. pen.* §. *ult. C. de inoff. test.* Et merito hanc sententiam potius probavit Justinianus. Nam, ut supra suo loco diximus, querela inofficiosi ante aditam hereditatem (6) non nascitur, *d. L. Papinianus*, §. *si conditioni*, quippe cum ante possit testamentum alio jure quam querela inofficiosi infirmari: puta repudiatione heredis, quo casu constat querelam cessare, §. *tam autem*, *Inst. de inof. test.* Est autem periniquum, non

(5) Cujus lapsu censeri tacite renunciatum tradunt, cum diei lapsus constituat in mora, quando adjectus a lege, vel homine, P. Greg. 44. *Synt.* 4. *n.* 16. Franc. de Calda ad *L.* 3. *C. de in int. restit. in Defin.* v. *læsis.* *n.* 28. ex lapsu temporis a lege hinc induci tacitum consensum, cum alias ex eo consensus arguatur in jure quæsito non in quærendo *L.* 28. *pr. de V. S.* Idem tempus jure Saxonico. Nec præscriptio tricennalis ad hanc et similes producenda, P. Heig. *P.* 1. *Q.* 16. *n.* 50. Idem quoque si per modum exceptionis intentetur, ceu vult. Gomez. 1. *Var. Resol.* 11. *n.* 20. Brevius hoc tempus quia remedia resciudentia ea quæ jure valida sunt, si ex jure prætorio, annalia sunt, vel biennalia, vel quadriennalia. Sin ex civili, quinquennalia Weseub. *ad Rub. C. h. t. n.* 62.

(6) Gomez. 1. *Resol.* 11. *n.* 18. Addit Connan. 9. *Comm.* 8. *n.* 7. ne in potestate sit heredis scripti, non adeundo hereditatem, tempus querelæ eximere. Et hæc præscriptio non currit nisi negligenti, non vero agere impedito, propter moram alteriusjudicii. Ut si lis prius agitata de solemnibus testamenti tractum temporis habuit, ac interea quinquennium lapsum *L.* 16. *Cod. h. t.* Duar. *h. t. Cap.* 11. *sub fin.* Quomodo *L.* 8. §. *ult. h. t.* accipit Cujac. *de Div. temp. præscr. Cap.* 24. Sed vid. *infra Cap.* 10. *N.* 10. Neque qui prius testamentum injustum *d. L.* 16. vel falsum dixit, ac uti prohibetur *L.* 14. *C. h. t.* vid. Vaud. 1. *Q.* 28. Num vero minori ipso jure non currat, an contra id detur restitutio, vid. *infra Lib.* 21. *C.* 9. *N.* 6.

agenti cedere et nocere id tempus, quo is etiam si vellet agere non posset, ut ab eodem Justiniano bene scriptum est in *L.* 1. in fin. *C. de annal exc.* Quid ergo, si heres scriptus moretur aditionem, atque ita fiat ne exheredatus agere possit de inofficioso? Cavit Justinianus eadem illa *L. pen.* §. *ult. C. de inoff. test.* quod hic sequeremur. Non denegavit tempus heredi ad deliberandum de adeunda heredi'ate, quod esset injuriosum: sed ne nullo certo constituto, heres rem pro arbitrio extraheret, certum et moderatum (7) prætinivit, et si heres scriptus itemque exheredatus in eadem provincia degerent, sex menses præstituit: si in diversis provinciis, annum. Quid, si ne intra hoc quidem tempus heres hereditatem adierit? Nihil adiecit Justinianus, quod hic fieri oporteret. Sed cum dicat se hoc spatium constituere intra quod necesse habeat heres scriptus hereditatem aut adire aut repudiare; et adjiciat expeditum inde tractatum filio induci ad querelam movendam: hinc non difficile est intelligi, quid velit. Nempe ergo exacto illo tempore, querelam filio dabimus, qua conventus scriptus heres sciat sibi jam tum hanc necessitatem imponi, ut si nolit id judicium suscipere, cogatur repudiare hereditatem in præsentia; si non repudiat, cogatur judicium subire, quasi qui hereditatem adierit. Sic enim expedita res filio inducitur ut constitutio voluit, ubi filius repudiata ab herede scripto hereditate admittetur ab intestato, neque illi querela erit opus, cum alio jure ad hereditatem veniat. §. *tam autem, Inst. de inoff. test.*; adita autem hereditate ab herede nascetur statim filio querela. Quod ni horum alterutrum ita factum erit, non expedietur res filio, sed eadem difficultas illi perpetuo relinquetur.

XV. Morte ejus qui ad querelam vocabatur, admittitur et finitur querela inofficiosi non simpliciter, sed ita, si is qui vocabatur, non præparata querela decesserit. Sic enim jus est, ut præparata querela transmittatur ad heredes, atque ita non finiatur decessoris morte: non præparata autem (8) non transmittatur; quæ res facit, ut una quoque cum illo exstinguatur: ubi neque jam agere potest, qui mortuus est; neque heredes ejus, ad quos querela non pertinet: traditum utrumque *L. si quis filium. L. pen.* in fin. *C. de inoff. test. L.* 7. *D. eod.*

XVI. Quærendum ergo in utramque partem, quomodo videatur querela præparari, ut si id factum est, transmitti actionem; si non est, morte ejus qui agere potuit, finiri dicamus. Et placuit querelam præparari recte videri (9) tribus modis: Uno et eo proprie citra controversiam, si quis judicio agere cœperit de inofficioso, et ut veteres loquuntur, si accusationem instituerit de inofficioso, si litem de inofficioso moverit, ordinarit, lite videlicet contestata, et re in judicium deducta. *L.* 6. §. *ult. L. Papinianus*, 8. in pr. *D. de inoff. test.* Altero, si vel comminatus sit tantum accusationem, ut non ad libelli usque dationem, sed ad denuntiationem dumtaxat procederet. Tertio si de inofficioso acturus bonorum possessionem apud magistratum quemlibet agnoverit. Indicantur hi modi pluribus, sic tamen ut sit hæc summa, in *d. L.* 6. §. *ult. L. quemadmodum*, 7. *D. eod.*

XVII. Ac bonorum possessionis ad eam rem comparatæ etiam mentio est in *L.* 2. *C. eod.* Estque hæc illa quæ dicitur agnosci litis ordinandæ gratia, in *d. L. Papin.* in pr. *eod.* Unde quæsitum est, quodnam hoc genus esset bonorum possessionis, nec abs re; videri enim potest totum hoc repudiari ea divisione juris quæ tradita est de bonorum possessionibus in §. *sunt autem, Inst. de bon. poss.* Sic enim est ea divisio, ut omnis bonorum possessio sit aut ex testamento, aut ab intestato: ex testamento duplex, secundum tabulas, et contra tabulas: ab intestato autem illæ ordine, unde liberi, unde legitimi, unde cognati, et quæ sequuntur ad cognationem non pertinentes. Porro ad nullum istorum genus referri posse videtur ista bonorum possessio, quam querelæ præparandæ caussa agnosci volumus. Illud constat non esse ex testamento. Non enim potest esse secundum tabulas testamenti ei, qui tabulis exclusus est. Non est contra tabulas; hæc enim nec parentibus competit, nec fratribus. Competit quidem liberis, sed non exheredatis. *L. non putav't, D. de bon. poss. cont. tab.*

(7) Ad quod consule Nicol. Vall. *de Reb. Dub. Tr.* 6. *n.* 9.

(8) Ratio, quia non constat quæ fuerit voluntas ejus, cui querela competiit, anne eam movere voluerit, an exemplo Aphroniæ illius, de qua Valer. *Lib.* 7. *C.* 8. testamentum parentis patientia honorare quam judicio convellere maluerit; in dubio interpretatio pro testamento, Connan 9. *Comm.* 8. *n.* 4. Aliter Cujac. 14. *QQ. Papin. ad L.* 15. §. 1. *h. t.*

(9) Duar. *h. t. C.* 8. *fol.* 178. Præparatur, si aliquid facit ex quo appareat hanc injuriam noluisse condonare defuncto, sed potius voluisse eam persequi ac testamenti rescissionem petere.

Denique de his agimus, quibus querela inofficiosi competit: hæc cum bonorum possessione contra tabulas, aut ullo alio remedio juris non concurrit, *L. si ponas*, in prin. *D. de inoff. test.* §. *tam autem*, *Inst. eod.* Rursum non videtur ulla esse posse bonorum possessio ab intestato ei qui de inofficioso queritur: prohibente regula juris quæ dictat, quamdiu ex testamento adiri potest hereditas, tamdiu ab intestato non deferri. *L. quamdiu*, 1. *D. de acq. her.* In proposito autem, quamdiu pendet an testamentum tanquam inofficiosum rescindi possit, tamdiu pendet an ex testamento adiri possit hereditas. Quo efficitur, ut tamdiu non sit caussæ intestati locus. Qua objectione victi interpretes eo delati sunt ut faterentur hanc possessionem ad superiorem divisionem non pertinere: eoque ordinariam bonorum possessionem hic non agnoscentes, novum id genus et extraordinariæ bonorum possessionis esse dicerent ad præparandam querelam comparatum: inde et proprium nomen habere: dici enim bonorum possessionem quæ agnoscatur litis ordinandæ (10) gratia. Atque hinc etiam longius provecti multa de ea specie commenti sunt.

XVIII. Sed quid tergiversamur? An ignota est superior divisio bonorum possessionis? Quod si ea certa est, an ignoramus satis nos ea refelli, si quam bonorum possessionem quæ non sit in eo numero invehimus? Tum autem ubi tandem extraordinariam istam bonorum possessionem edicto propositam legimus, cum de omnibus proponendis ex professo agitur, sive in Pandectis, sive in Codice? Adde, quod hæc bonorum possessio, cum de querela præparanda agitur, simpliciter bonorum possessio nominatur et sine adjuncto, diciturque agnita prodesse ad querelam præparandam. *L.* 6. §. *ult. L.* 7. *D. de inoff. test. L.* 2. *C. eod.* Quod certe non fecissent veteres, si hic novum aliquod genus bonorum possessionis intelligere voluissent. Ne laboremus. Ordinaria est et hæc ipsa bonorum possessio, et ex genere eorum quæ superiore divisione sunt comprehensæ. Est enim bonorum possessio quæ (11) agnoscitur ab intestato; liberis exheredatis, *unde liberi;* parentibus præteritis; *unde legitimi;* fratribus præteritis, *unde agnati*, vel *unde cognati.* Diximus enim initio querelam esse petitionem hereditatis, qua petitur hereditas tanquam ab intestato delata. Idque necesse est ita accidere, cum per querelam rescisso testamento fiat paterfamilias intestatus. *L.* 6. §. 1. *D. de inoff. tes.* Nihil ad rem pertinet, quod quamdiu ex testamento defertur hereditas, tamdiu ab intestato non defertur, *d. L. tamdiu*, 1. *de acq. her.* Non enim defertur ex testamento ea quæ inofficioso testamento defertur, ut aliquoties jam diximus. Et quamvis priusquam de testamento pronuntiatum est, pendeat an testamentum tale sit necne; tamen postquam pronuntiatum est testamentum esse inofficiosum, retroversus hoc eve-

(10) Accurs. *in d.* §. 1. hanc dari emancipato, postumo alieno et cognatis, qui jure civili non admittebantur. His signum aliquod a prætore datum fuisse, annuli vel alterius rei, ut a prætore agnoscerentur et admitterentur, ceu refert et refellit Camil. Plautius *ad Rub. C. qui admitti Lib.* 1. *n. n.* 9. *et seqq.* Duar. *h. t. C.* 8. *f.* 178. Quia petitio hereditatis datur heredi vel qui ejus loco; idcirco hæc non necessaria in suo *L.* 7. *h. t.* cui nec aditio: sed in emancipato, ut videatur heres esse. Sicuti aditio necessaria petituro hereditatem via ordinaria, ita hæc actione de inofficioso. P. Pithæ. *in not. Lib.* 16. *Collat. LL. Mosaic. pag.* 117. Emancipato, ait, hæc necessaria, qui frustra intestatum patrem faceret, nisi ab intestato ipse rem habiturus, quod solo prætoris beneficio per bonorum possessionem consequi potuit; add. Gilb. Reg. 1. *Enunt.* 17. Connan. 9. *Comm.* 8. *n.* 5. vult esse contra tabulas Sed, *ibid n.* 6. non veram sed imaginariam tribuisse possessionem, ut esset qui eam haberet, querelæ exercendæ idoneus tanquam in ea jam hereditate jus aliquod obtineret. Quæ possessio, ait, accipiebatur in speciem veræ aditionis et possessionis. Nec per eam a scriptis lite pendente possessio auferebatur. *L.* 2. *C. h. t.* Sic Alciat. 8. *Parerg.* 24. verbalem hanc fuisse bonorum possessionem datam exheredato, ne quod ei præjudicium exheredatio faceret; sed perinde esset ac si is in quasi possessione sui juris esset, licet rerum possessio in eum non translata censeretur. Gilken. *in d. L.* 2. *C. h. t. n.* 6. cum exheredato jure civili adire non liceat, nec bonorum possessionem veram nancisci; ad similitudinem tandem aditionis, vel efficacis bonorum possessionis hoc extraordinarium genus inventum, ut sit aliquod inchoandæ litis fundamentum cui petitio hereditatis ex inofficiosi caussa innitatur, ac Petr. Barbosa *ad L. Lucius* 38. *D. sol. matr. n.* 11.

(11) Consentit Cujac. *in Nov.* 18. Govean. 2. *Var. Lect.* 6. Wes. *ad Rub. C. h. t. n.* 77. Cammillus Plautius *ad Rubr. C. Qui admitti Lib.* 1. *n.* 18. *et seqq.* probans hanc non esse novam speciem, quia nullus de ea specialis titulus. Finisque hujus ac effectus ut ordinetur ac præparetur lis, non constituit speciem peculiarem nec litem præparat, sed intentionem hoc agentis, ut præparet ostendit.

nit, ut videatur paterfamilias jam a principiu intestatus decessisse, quasi qui demens testamenti factionem non habuerit. *d. L.* 6. §. 1. *L. qui repudiantis*, §. 1. *D. de inoff. test.*

XIX. Illud notandum, habere hanc bonorum possessionem ab eo qui ad querelam vocabatur rebus integris agnitam hæc commoda duo. Unum, cujus caussa potissimum nunc ingeritur, quod qui agnovit, is sine ulla etiam denuntiatione adversus heredem srriptum emissa hoc consequitur, ut videatur querelam (12) præparasse: merito: sic enim declarat se de hereditate ad se transferenda et obtinenda cogitare: quod sane non aliter consequi potest, qnam querela perlata, ad quam idcirco se eadem illa agnitione parasse intelligitur. Atque hinc est etiam quod dicitur, ea bonorum possessio agnosci litis ordinandæ gratia, *d. L. Papinianus*, in pr. Litis, accipe de inofficioso. Agnoscit enim ea gratia, ut litem ordinet et instituat postea de inofficioso, quo sic deinde ipsam possessionem re ipsa nanciscatur, qnam verbis tantum amplexus fuerat. Alterum commodum est hoc ipsum quod jam dixi, quod cum exheredatus in querela obtinuerit, efficietur re vera illius bonorum possessio, cujus acquisitio prius pendebat ex eventu litis de inofficioso: ut jam illi nova agnitione opus non sit ad bonorum possessionem acquirendam quæ jam ante illi agnita fuerat, ac nunc impedimento sublato satis evenln confirmata. Pendere quidem aditio hereditatis non potest; sed aut statim utilis est si statim acquiritur hereditas, aut statim inutilis si non acquiritur. At potest pendere agnitiu bonorum possessionis, ut agnita bonorum possessio non continuo acquiratur, sed cum apparuerit non obstare id qnod obstare videbatur, *L.* 6. in pr. *D. de acq. her. L.* 3. *§. acquirere. D. de bon. poss. L. ult. C. qui ad bon. poss. pos.*

XX. His modis cum querelam præparari dicimus, nempe hoc dicimus ex contrariu, si quid eorum factum non erit, præparatam querelam nun videri. Atque hoc tempus est, cum locus fiat superiori sententiæ qua placet querelam non præparatam ad heredes nun transmitti, atque hoc modo morte ejus qui ad eam vocabatur, finiri. Fuitque hæc sententia olim perpetua.

XXI. Una species excepta est a Justiniano; qua sola excepta, in cæteris partibus regulam confirmari intelligemus, *L. quasitum, §. idem respondet, domo instructa. D. de inst. vel inst. leg. L. præcipimus*, in fin. *C. de app.* Ea species est, (13) cum filius defuncti exheredatus ante aditam intra tempus præstitutum hereditatem decessit, relictis liberis. Hoc casu, inqnam, voluit Justinianus lilium hujusmodi querelam, licet se non præparaverit, ad suam posteritatem transmittere. Ne sit ergo filius, qui ad querelam vocabatur: quanvis is decedat ante aditam hereditatem, querelam non præparatam non transferet ne ad posteros quidem. Idem dicemus, etsi filius erit is, qui non præparata querela decedat, si aut non relinquat posteros, aut decedat post aditam ab herede scripto hereditatem: quo scilicet tempore movere potuit querelam exinde illi natam; et sibi imputare debuit, qui cum posset umnibus modis superiorihus querelam præparare, id facere neglexerit.

(12) Diss. Camill. Plautius *d. Lib.* 1. *n.* 22. sic ex omens *L.* 8. *pr. vers. sequenti h. t.* Quod non huius bonorum possessionis petitio præparet, ut transmittatur, etsi inde animus ordinandi litem appareat. Sed male per *not. supra N.* 9. Plura de hac bonorum possessione Vasq. *Lib.* 3. *de Success. creat.* §. 30. *n.* 146. *et seq. et n.* 155 *et seqq ac Lib.* 3. *de Success. resol. in L. quamvis* 32. *C. h. t. passim.*

(13) Recte Convenit Chiflet. *de Port. legit. Cap.* 10. *pag.* 790. Petr. Gregor. 44. *Synt.* 4. *n.* 20. Roderic. Suarez. *in Repe. l. quoniam* 30. *C. h. t. ampliat* 16. *n.* 8. Exæquatio enim adscendentium, et descendentium *Nov.* 115. facta, in potestate rumpendi, non transmittendi Sociabilitatis ratio videtur in amore quo filios et nepotes prosequimur. Facilius acquieturus judicio defuncti creditur, cui non sunt futuri liberi heredes. Quin et regulæ qood ad liberos transmittatur, duas conditiones perfert B. Greg. 1.° Si modo qui decessit non potuit præparare, quia nondum adita hereditas. 2.° Si liberi heredes quoque sint morientis et transmittentis, quia ex ipsius persona tantum venire possunt. Et convenit Cujac. 14. *QQ. Papin. ad L.* 15 §. 1. *h. t.* At contra Suarez. in *d. L.* 32. *ampliat.* 10. *n.* 55. nec quæ lapsu temporis *d. L.* 34. *in fi.* omissa est transmitti, nec quæ non competit filio, seu nondum nata. Nascitur autem post aditionem ut *supra C.* 4. *n.* 16. Et quod sive nata sit sive non nata transmittatur, Rubeus ad *L* 14. *h. t. C.* 9. *n.* 12.

## CAP. VII.

Inofficioso testamento adversus liberos, parentes, fratres simul constituto, quis ex his cui præferatur ad querelam movendam: et priore cui competebat deficiente, an sequens ad eam admittatur,

*Transitio. Habetur in querela inofficiosi, cum pluribus competit, inter hos ordo et successio.* I.

*Ordo, et successio eadem, quæ venientium ab intestato.* II.

*Ideo præferri defuncti liberos patri; hunc admitti illis aut non agentibus aut exclusis.* III.

*Exponitur* L. nam etsi, *in princ.* D. de Inoff. Testam. IV.

*Definitio generalis: ut in querela, recusante aut excluso priore, ordine sequens admittatur.* V.

*Ideo admitti veteri ac novo jure ad querelam nepotem, si pater hujus aut nolit aut non possit ipse querelam movere.* VIII.

*Contrariis occurritur.* VI. IX. X.

*Interpretatio* L. si quis filium *C.* de Inof. T. *vulgo interpretum operosa, commode ab auctore expeditur* VII. XI.

*Conclusio.* XII.

I. His de testamento impuberis et militis, tum de querela inofficiosi amittenda cognitis, habemus exceptiones eas, quibus fieri diximus ne competat querela liberis, parentibus, quanvis inofficioso testamento adversus eas personas constituto; sive quod ab initio his querela inofficiosi non detur, quod facit conditio personæ testatoris, ut impuberis, et militis: sed quod jure delata postea amissa sit, quod superioribus quatuor modis proxime expositis contingit. Quas si exceptiones cum regula communi conjungere et unum in locum conferre volemus, licet jam paucis summam colligere de iis quibus inofficiosi querela competat: ut definiamus hanc competere iis quos diximus, liberis nimirum, parentibus, fratribus, consanguineis, si testamentum adversus eos inofficiosum sit, et neque de impuberis, aut militis testamento agatur, nec quæ ab initio competere aut posse competere cœperat querela amissa finitave sit. Sententia vera et perpetua si modo singuli isti quos diximus, soli sint inofficioso testamento exclusi. Ut puta, competet liberis suo cuique gradu, si soli testamento exclusi sunt: competet parentibus, si soli exclusi parentes: competet fratribus eodem modo. At quid fiet, si ut sæpe solet, defuncto simul sint liberi, parentes, fratres, et his omnibus vel præteritis immerito, vel immerito exheredatis testator decedat, ut simul adversus istos omnes testamentum efficiatur inofficiosum? An simul concurrent omnes ad querelam, ut de inofficioso queri possint, an vero aliqui tantum admittentur qui præferantur cæteris? Quod posterius si fit, necessario hic rursum duplex inducetur quæstio: prior, quis cui præferatur: altera, si is qui primus admittebatur, ad querelam non venerit, an sequens admittatur. Et in summa duo sunt in hac re spectanda, quæ propriis nominibus notarunt veteres, ordo, et successio. Ordo, ut quæratur quo quisque ordine vocetur ad querelam et in eo quis cui præferatur. Successio, ut quæratur an primo deficiente sequens admittatur ut fiat successioni locus, quomodo Paulus loquitur in *L. pen.* in princ. *D. de inoffic. testam.* id est, ut sequens in prioris deficientis locum succedat. De quibus etiamnum restat ad hunc locum explendum, ut breviter cognoscamus.

II. Ac de re tota breviter ita statuendum est. Querela inofficiosi testamenti, ut initio ostendimus, est petitio hereditatis adjunctam querelam habens, qua petitur hereditas ab intestato: ut certe res ad caussam intestati reditura est testamento inofficioso pronunciato. Proinde qui ordo quæve successio ab intestato inter liberos, parentes, fratres defuncti futura esset, eumdem ordinem, eamdemque successionem inter istos (1) esse oportet ad querelam inofficiosi movendam, quod

(1) Cujac. *Consult.* 6. Non enim legitima debetur parentibus, vel fratribus, quo usque liberi existunt, cum nec tunc successio intestati debeatur. Ergo per ea quæ supra *C.* 4. *N.* 25. Chiflet. *de Port. legit. C.* 2. Battand. *Tr. Legitima C.* 15. Plane, etsi ab intestato una cum parentibus novo jure fratres succedant, jus tamen querelæ non ideo habent, nisi quo casu tur is institutus, ubi ordo parentum, et fratrum hic quoque confunditur, ut Maret. *Tr. Quartar. C.* 11 *n.* 5. Qui tamen non recte initio querelam in-

et placuit. Ab intestato si inter istos de ordine quæritur, hic ordo futurus erat, ut primo loco liberi succederent defuncto: secundus locus esset parentibus una cum fratribus defuncti utroque parente conjunctis: tertius fratribus germanis una cum demortui fratris filiis: quartus fratribus altero patre conjunctis, *authen. in successione, Cod. de suis et leg. liber. auth. defuncto, C. ad senten. Tert. authen. cessante. auth. post fratres, Cod. de leg. her.* quæ omnia sumpta sunt ex Novella, *de hered. ab intest. venien.* Si quæritur inter hos de successione, qua alii in aliorum locum succeduut ad hereditatem occupandam, hæc jam olim ita constituta est edicto prætoris, ut qui primo loco, primove ordine et gradu vocantur ab intestato ad hereditatem bonorumve possessionem, hi si deficiant, sive quod nolint sive quod non (2) possint ad hereditatem venire, sequentes suo quisque ordine admittantur, atque hoc modo in priorum deficientium locum succedant, eorum locum et jus occupent. Unde et successorium edictum appellatum id, quo hæc successio posteriorum admissa est. *L. 1. D. de succ. ed.* Sciamus horum utrumque eodem modo servari inter liberos, parentes, et fratres, cum de querela ab his movenda agitur tunc, cum hi simul omnes eodem testamento pariter exclusi sunt ita, ut si singuli soli essent, his competeret querela inofficiosi.

III. Id, cum expositum sit luculenter a Papiniano in eo exemplo, quod proponitur in *L. pater et L. nam etsi, seq. D. de inoffic. testam.* eo exemplo et responso nunc utemur. Exemplum tale: filius emancipatus, qui patrem habebat, et filios duos in potestate avi constitutos, ambobus filiis exheredatis, patre præterito, vita decessit. In quo statim apparet proponi testamentum tam adversus patrem, quam adversus liberos inofficiosum: ut si horum singuli soli sint, singulis competitura fuerit querela inofficiosi. Quæritur igitur an quæ separatim competitura esset singulis, nunc competat conjunctim omnibus, ut et liberi cum patre, et pater cum liberis admittantur ad querelam inofficiosi pro sua quisque virili. Et pro certo habet Papinianus non admitti simul omnes, sed esse in his, quorum caussa sit prior. Itaque sequens est, qui hic quibus præferantur. Respondet ille in hac specie in quæstione de inofficioso testamento præcedere caussam liberorum: ut si hi agere volent, soli admittantur ad querelam inofficiosi, ac per querelam ad hereditatem soli excluso avo, eodemque defuncti patre: qui et ordo futurus erat in successione ab intestato, ut diximus. Atque hæc quoque pars dubitationem non habet. At fingamus liberos non agere, aut agentibus his contra eos judicari ut sic querela excludantur: an patri dabimus, ut sequenti loco ad querelam admittatur? Respondet Papinianus patrem (3) admitti et intentionem suam, quæ præcedentibus liberis pependerat, nunc summotis liberis implere posse: quæ illa successio est, cui in querela itidem ut in successione ab intestato locum esse diximus: hoc ille in *L. pater de inoffic. testam.*

IV. Obstabat huic sententiæ id quod ipse diluit in *L. nam etsi, seq.* Diceret enim aliquis, neque hic, neque in ulla alia specie etiam tum cum filio nulli liberi sunt, debere patri præterito querelam inofficiosi dari.

troduxit, quia alii eum præcesserunt, si interim hi tempore exclusi sint, effectum suum habet querela *L.* 25. §. 1. *h. t.* quia quo tempore ferenda sententia est, nemo eum præcedit, Connan. 9. *Comm.* 9. *n.* 1.

(2) Quod dubio apud nostros non caret an idem sit, quo casu non vult succedere, atque non potest, vid. Rubeus *ad L.* 14 *D. h. t. C.* 2. *n.* 16. *etc.* 8. *n.* 4. Et in universum hæc quæstio alta, et subtilis, ut vocat Gom. 1. *Res.* 11. *n.* 21. de quo Rubeus *dd. loc. et C.* 9. *ae C.* 20. Io. Basius 2. *Paradox.* 18. *et* 2, *seqq.* et Io. Gut. *L. in repet. d. L.* 14. *n.* 24. *et seqq* Plane Alciat. 4. *Parad.* 16. in universum successorium edictum querelæ negat, et *in L. pen. h. t.* sequentem accipit in portione repudiata, sed qui simul admitti potuit, ac successionem exposuit bonorum, quasi idem sensus sit, qui est *L.* 23. §. *ult. h. t.* Idemque *ad L.* 14. *h. t.* Resp. ibi patri querelam concedi, ex persona nepotis qui in ipsius potestate est. Tandem vero *n.* 14. successioni in querela ita locum dat, si prior iuste hereditate exclusus. Quod si injuste, transmissionem esse non successionem *L.* 34. *C. h. t.*

(3) Tunc enim, qui antea impediebant, pro mortuis habentur; ac paria sunt non exstare, vel exstare, et non succedere, P. Greg. 44. *Synt.* 5. *n.* 50. Rubeus ad *d. L.* 14. *C.* 2. *n.* 14. Non obstat quod scriptus heres, jam judicio legitimus pronunciatus. Nam id ratione primi querentis, nec sententia inter alios jus facit. Obstat quod judicio superior filio defuncti, magis pater, *per regulam: Si vinco vincentem te, etc.* Resp. Hic non eadem vincendi ratio: filius defuncti, potior patre ejusdem in eo, quod prior descendentium caussa. Judicio autem victus forte ideo quod juste exheredatus, ingratitudine probata. Quæ male merita nepotis avo non nocere, sed ipsius merita perpendi convenit. Rubeus ad *d. L.* 14. *C.* 1. *n.* 7.

Non enim hæc datur nisi ad obtinendam filii hereditatem : neque porro ad eam rem dari convenit, nisi patri debeatur hereditas filii. Atque parentibus non debetur filiorum hereditas, inquit Papinianus, propter votum parentum et naturalem erga liberos charitatem. Propter (4) votum parentum: quia natura parentes optant liberos suos sibi esse superstites non se liberis, eodemque animo bona sua ad liberos pervenire, non liberorum bona ad se redire. Propter naturalem erga liberos charitatem; quia ea charitas est parentum erga liberos insita natura, ut eos unice ament, eoque amore ducti cupiant omnia sua liberorum esse, quæ et in illos conferant, non quæ illorum sunt velint ab iis accipere. Quare patri prætegito querela inofficiosi adversus testamentum filii neque primo loco, neque sequenti post defuncti liberos danda est. Diluit Papinianus objectiodem ad hanc sententiam. Fatendum est non deberi parentibus liberorum hereditatem si spectemus superius parentum votum et superiorem charitatem, eveniatque quod illi optant et vovent liberis. Sed omne hoc votum omnisque effectus erga liberos semper, ut apparet, hanc conditionem habet, si modo Deus velit servato mortalitatis communi ordine parentes prius decedere, et parentibus supresse liberos. Quod si, turbato ordine mortalitatis, contra eveniat ut prius liberi decedant; et cessat jam votum superius, ut proinde non debeat id parentibus obstare, et relinquitur pietatis caussa, quæ efficit ut non minus parentibus quam liberis pie relinqui debeat, debeaturque adeo his liberorum hereditas. Quod si parentibus pietate exigente non minus relinqui debet; sequitur, ut his testamento liberorum præteritis, factum intelligatur contra officium pietatis, ex quo et testamentum id quod inde vere dicatur inofficiosum. Quo ita constituto, evenire ait Papinianus non solum ut parentibus præteritis si soli sint, competat adversus id testamentum inofficiosi querela, sed etiam ut si parentes liberi exheredati præcedant et hi ad querelam non veniant aut judicio instituto ab ea excludantur, parentes in deficientium locum succedant, et ad querelam quæ prius pependerat, nunc omni impedimento sublato admittantur. In quo Papinianus et ordinem illum, et illam successionem quam inter superiores personas ad querelam movendam esse dixi, aperte confirmat. Hoc ille in filiis exheredatis et patre præterito respondit. Sed exempli caussa hoc ab illo ita positum est: in quo exemplo consistere non debemus.

V. Generalis definitio est, quam hic tenere debeamus, ex qua et ductum est responsum superius, exstatque in *L. pen.* in prin. *D. de inof. test.* in hæc verba, ***si is qui admittitur ad accusationem, nolit aut non possit accusare, placuit sequentem admitti ut fiat successioni locus:*** id est, ut paulo ante sum interpretatus, ut qui posterior est vel ordine vel gradu, in prioris deficientis locum succedat, atque hoc modo quasi prior nunquam obstitisset, ad querelam admittatur: sic enim successionis verbum in hac ordinum et graduum motione accipitur in pr. ***D. de succ. ed.*** §. ***placebat, Inst. de leg. ag. succ.***

VI. Sed hæc definitio et sententia superior incidit in difficultatem ex iis, quæ de filio exheredato et nepote præterito veterum scriptis et constitutione Justiniani tradita legimus. Nam si superius utrumque illud verum est,

(4) De quo voto scite Dom. Arumæ *Lib.* 1. *Dec.* 7. *n.* 20. *et seqq.* Cels. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 10. *n.* 26. Annæ. Rob. 1. *Rer. judic.* 1. Et parentes dicuntur thesaurizare filiis, non contra 2. *Corinth.* 12. 14. *C. cum Apostolus* §. *prohibemus de censibus C. prædicator C.* 17. *Q.* 1. Exque naturæ ordine intelligitur supervixisse filius patri *L.* 9. §. *ult. de reb. dubiis* (ad cujus §. conciliationem cum *d. L.* 9. §. 1. vid. Carond. 1. *Verisim.* 21. et confer. Cov. 2 *Var. Resol.* 7. Menoch. 6. *Præsum.* 50. *n.* 25. *et seq.*) Quare cum infelices sint qui liberos suos ad rogum deflent, ut Quintil. *Declam.* 114. miserationis intuitu, eis defertur succcessio in solatium filii amissi, ad leniendum luctum Unde luctuosa hereditas, triste lucrum, etc dicitur *L. un. in fin. Cod. de his qui ante ap. tab. L. ult. Cod. de inst. et subst. leg. Cod. comm. de success. L.* 2. *C. Th. h. t. nostro* Plin. *in Panegyr.* Rob. *d. loc.* Anton. Rubeus *ad L.* 14. *D. h. t. C.* 9. Io. Gutierr. *in Repet. d. L.* 14. *n.* 25. *et seqq.* Battand. *Tr. Legitimæ Cap.* 14. *n.* 2. *et seq.* Ex verbis autem Papiniani *d. l.* 15. *pr.* parentes eius, filio indigna morte sublato, hoc monumentum posuerunt.

AEMILIO · PAULO · PAPINIANO
QUI · VIX · ANN · XXXVI · M · IV · D · X
PRAEF · PRAET · JUR · CONS.
HOSTILIUS · PAPINIANUS
EUGENIA · GRACILIS
TURBATO · ORDINE · IN · SENIO.
HEU · PARENTES · INFELICISS.
FILIO · OPTIMO · P · M.
FECERUNT

Jan. Jac. Boissard. *Antiquit. Rom. Parte* 6. *seu Inscriptionum Tomo* 4. *f.* 35. Ita hæc Inscriptio integre reddita ex Jan. Grut. Pag. CCCXLVIII. 8. Edit. Hastelod. An. MDCCVII.

conveniebat dici in hac specie, si filius exheredatus nolit aut non possit venire ad accusationem, nepotem præteritum sequenti loco admittendum. At videamus, ne veteres hac de re contrarium in *L. si quis postumos*, §. 1. *D. de lib. et post. L. si qu s filio* in pr. *D. de injus. rup.* quibus in locis de omnium prope veterum sententia respondetur, si filius iste exheredatus deliberante scripto herede de adeunda hereditate decesserit, proinde ante aditam hereditatem, eoque et querela nondum mota ac ne præparata quidem, non tamen ideo nepotem præteritum rupturum testamentum, cum nec exheredari hujusmodi nepos deberet ab eo quem pater præcedebat. Sed vim rupti testamenti et querelæ inofficiosi parum cognitam habet, si quis hic quidquam superiori sententiæ contrarium dici existimat. Filio exheredato præcedente, non rumpitur testamentum præteritione nepotis, quanvis filius ad querelam et hereditatem non venerit morte aut alia ratione exclusus. Quid hic dicitur, quod non item locum habeat filio defuncti exheredato, et patre præterito? Sane enim et hic verum est, quanvis filius nolit aut non possit querela uti: non eo tamen magis præteritione patris testamentum rumpi. Et tamen huic præterito querela datur, semoto prius filio: neque hæc quisquam contraria esse existimat. Cur ergo metuamus fateri, filio exheredato, quanvis is in querela deficiat, non ideo præteritione nepotis rumpi testamentum, et tamen huic nepoti nihil hoc obstare, quominus filio summoto, ipse ad querelam admittatur? Et vero adeo hæc contraria non sunt ut qui posterius dicit, non modo non neget prius, sed etiam maxime confirmet. Qui dicit testamentum præteritione nepotis aut patris non rumpi, non aliud dicit quam testamentum his præteritis nihilominus jure ipso consistere et suas vires habere. Id enim rumpi dicitur, quod in eodem statu manente testatore ipsum per se vitiatur et nullas vires habere incipit, *Inst. quib. mod. test. infirm.* in pr. *et* §. 1. Jam vero qui dicit his querelam dari, idem prius illud maxime confirmat, testamentum videlicet nec rumpi et ipso jure valere. Nam nisi ita consisteret, non esset inofficiosi querelæ locus, §. *tam autem*, *Institut. de inoff. test.* At enim querela facit, ut testamentum postea rescindatur. Sed non ideo, ut suo loco ostendi, hæc eamdem vim habent testamentum rumpi, et idem quia inofficiosum sit, querelæ inofficiosi subjici. Nam testamento rupto, statim jus testamenti vitiatur eoque nec unquam locus est ex eo scriptis heredibus. Querela autem tantum adversus testamentum constituta, cum per se testamentum consistit, tum vero multis modis accidere potest ne id postea per querelam infirmetur. Quid enim si is qui ad querelam admittebatur, eam repudiaverit aut judicium defuncti agnoverit? quid si non egerit de inofficioso intra quinquennium, aut non præparata querela decesserit? quibus omnibus modis querelam amitti constat, atque hoc modo stante testamento manere hereditatem penes scriptos heredes. Manet ergo usque adhuc etiam in specie proposita superior definitio, ut filio exheredato et nepote præterito, si filius ad querelam non veniat, nec repugnantibus superioribus locis nepos sequens ad eam admittatur.

VII. Sed si id superiores loci non negant, at certe non videmur effingere posse quin diserte et velut ex professo negetur repudieturque a Justiniano in *L. si quis filium, C. de inoff. test.* Nam is de hac ipsa specie loquens, cum posuisset filium exheredatum deliberante scripto herede, eoque non præparata querela, decessisse; ait omne adiutorium nepotem præteritum dereliquisse. Sentit autem Justinianus de querela inofficiosi, de qua et postea constituit. Itaque hoc dicit: nepotem præteritum in proposito omni querelæ auxilio destitutum fuisse. Ergo et proprio et paterno: scilicet ut ei neque ex persona patris querela competeret, quæ non præparata transmissa non est, neque competeret ex persona sua, quasi qui patre suo amoto in locum ejus succederet. Nos autem ex superiore definitione illi propriam ex sua persona competentem querelam damus. Idem in extremo ejusdem legis eandem sententiam de omni querela isti nepoti denegata confirmans, scribit eum nepotem a vetustate neglectum fuisse, a se autem recreatum. Quid est, eum a vetustate neglectum esse, nisi eum a veteribus nullum plane auxilium ad rescindendum testamentum accepisse? Sed quo magis contrariam hanc constitutionem superiori definitioni dicas, non tantum Justinianus ait, filio exheredato deficiente, nepotem præteritum sequentem olim ad querelam admissum non esse, ut esset successioni locus; sed etiam hoc idem constitutione sua confirmat. Nihil enim de querela nepoti præterito ex persona ejus danda constituit, sed tantum de querela filii exheredati quanvis non præparata ad nepotem trasmittenda. Nam et de filio, qui querela non præparata decesserat, posita erat initio quæstio: et de quæstione postea respondens, jubere se ait ut, licet præparatio a filio facta non sit ad querelam instituen-

dam; tamen possit nepos eamdem caussam proponere, ex persona tamen patris, a qua ideo vult nepotem excludi, si aut probetur pater nepotis ingratus fuisse, aut legitimam relictam habere, aut querelam competentem justis modis amisisse. His verbis victi plerique non ignobiles interpretes et veteres, ut Azo et recentiores, concesserunt in specie proposita nepotem istum præteritum, quamvis filio exheredato deficiente, ad querelam ex sua persona neque olim admissum esse, neque nunc ex constitutione Justiniani admitti. Quibus cum definitio superior objicitur, alii respondent, ut Azo, definitionem accipiendam de sequente qui cum primo eodem gradu est: ut fit in exemplo Papiniani cum exheredato filio deficiente pater præteritus admittitur, *d. L. pater. de inof. test.* alii ut Fulgosius et Jason, scriptam esse de primo cui querela prius delata erat qua postea excidit. In specie autem *L. si quis filium, C. de inoffic. testa.* proponi filium exheredatum nondum adita hereditate ab herede scripto, quo tempore nondum querela nata erat, decessisse. In eo porro cui querela nondum delata erat, si is defecerit, successorio edicto seu successioni locum non esse. Sed nimis multa sunt tum in scriptis veterum, tum in ratione æquitatis quæ isti sententiæ adversantur, quam ob caussam et illa optimæ ac saniori parti (5) interpretum repudiata est, contraria recepta, nepotem hunc de quo quæritur, remoto filio exheredato, ex jure vetere succedere in locum patris et ad querelam admitti: quæ et sententia verissima est. Sed laborat cum ventum est ad explicationem *d. L. si quis filium.* In qua vere quod proverbio dicitur, ejus sententiæ defensoribus aqua hæret. Ex quo alii objectionem dissimulant, ut licet in Bartolo agnoscere ad *d. L. quis filium*, *et L. pater. D. de inoffic. test.* alii ingenue fatentur se objectionem solvere non posse, ut Paulus Castrensis. Retinenda tamen nobis sententia est, qua cum putem nihil verius, danda est nobis opera, primum ut ea certo confirmetur, ne facile posthac patiamur eam nobis eripi e manibus: sic deinde *d. L. si filium*, quam commodissime potest, respondeatur.

VIII. Licet ergo sine hæsitatione ita statuamus: quemadmodum filio exheredato et patre præterito, si filius a querela excidat, sequens pater ad eam admittitur: ita exheredato filio et nepote præterito, si filius similiter ad querelam nolit aut non possit venire, sequentem nepotem ad querelam admitti, et vetere jure et novo, idque ut patet ex sua ipsius persona. Hujus sententiæ argumenta hæc sunt. Primum illud. Generalis, ut dixi, definitio illa est: *si is qui admittitur ad accusationem, nolit aut non possit accusare, sequentem admitti, ut fiat successioni locus, d. L. pen.* in prin. *de inoff. testam.* Atqui filio exheredato et nepote præterito, primus est filius exheredatus qui ad querelam admittitur, filium sequitur nepos, cum agitur de successione ab intestato. Quapropter ex superiore definitione omnino est: ut filio exheredato a querela remoto, nepos sequens admittatur. Secundum argumentum, quo et Bartolus utitur, hujusmodi est, filio exheredato deficiente, pater sequens præteritus admittitur, auctore Papiniano. *d. L. pater, D. eod.* Et dubitemus exheredato filio deficiente, nepotem sequentem præteritum debere admitti: cum in successione præcedat caussa liberorum, eodem Papiniano ibidem diserte confirmante? quæ et juris explorati constitutio est. §. 1. *Inst. de her. quæ ab int. defer. auth. in successione, C. de suis et leg. lib.* Tertium argumentum ex Papiniani ratione. Ille scribit filio exheredato deficiente, patrem præteritum ad querelam admitti hac ratione, quod remotis liberis non minus pie parentibus relinqui debet, *d. L. pater, et L. nam etsi; De inoff.* Quanto ergo citius ista ipsa ratione dixerimus, filio exheredato deficiente nepotem præteritum ad querelam admittendum: cum pietatis ratio efficiat ut prius liberis debeat relinqui, nec unquam necesse sit relinqui parentibus, nisi prius sublatis aut exheredatione summotis liberis? *d. L. nam etsi.* Nemo autem ignorat nepotes et deinceps descendentes liberorum appellatione contineri, *L. liberorum. D. de verbor. sign.* Quartum et postremum argumentum. Si post filios secundo loco nepotibus pie relinqui debet et quidem prius quam parentibus, necesse est, si avus exheredato sine justa caussa filio et nepote præterito decesserit, utrumque contra officium pietatis factum videri eoque tam adversus nepotem quam adversus filium testamentum constitui inofficiosum et quidem multo citius quam exheredato

(5) Cum quibus et Anton. Rubeus ad *L.* 14. *D. h. t.* Io. Gutier. *in Repet. d. L.* 14. *n.* 25. *et seqq.* Roderic. Suarez. *in Repet. L. quoniam* 32. *Cod. hoc tit. ampliat.* 10. *n.* 56. *et seqq.* ubi *n.* 60. Baldi restrictionem non probat quod si filius exheredatus approbaverit testamentum, atque ob id a querela exclusus, per ea quæ *supra C.* 6. *N.* 4. querela a sequenti nepote, etc. moveri nequeat. Et communem fatetur, etsi pluribus argumentis impugnet Gomez. 1. *Res.* 11. *n.* 21.

filio et patre præterito testamentum adversus utrumque esse inofficiosum dicimus. Quamobrem et illud omnimo necesse est, summoto prius filio exheredato, deinceps suo ordine nepoti querelam inofficiosi dari, similiter ut liberis remotis patri præterito daremus, nisi quid aperte afferatur, cur isti nepoti dare non debeamus. Quod si nihil affertur ac nec potest, nihil relinquitur omnino, nisi ut ei itidem ut patri quod suum est demus. Atqui nihil hujusmodi afferri posse quod nepoti obstet, enumeratione eorum quæ contra dici possunt et ab aliis quibusdam obtendi solent, non difficile intelligetur.

IX. Quid ergo dicemus huic nepoti obstare? An quod filius exheredatus eum tempore mortis avi præcessit? Atqui definitio juris diserte de his scripta est quos alii antea præcesserunt, quibus summotis placet sequentes admitti. Sed et in specie Papiniani exheredatus filius patrem præcessit. Neque tamen exheredatus exclusus patri præterito obstat, quominus sequenti loco admittatur, *d. L. pater. de inoff. testamen.* An potius quod, filio exheredato eodemque a querela excluso, in hujus quoque persona omnes ejus liberi exclusi existimandi sunt, quia a patre tanquam a capite suo pendent et jus omne suum ducunt: quod non item fit in filio exheredato et patre defuncti præterito, quoniam avus a nepotis sui persona non pendet? Nullo vero modo id dici potest. Nam si filius sine caussa exheredatus est, absurdum fit ejus exheredationem alii nocere, quæ exheredato ipsi non noceret. Nam quomodo pœna exheredationis a filio in alium transeat, quæ a filio non cœpit? Sed etsi merito sit exheredatus filius, tamen non ideo eam exheredationem nepoti nocere debere dixeris. Non enim quisquam alieno odio prægravari debet: non certe filius odio patris, cum de successione matris; non nepos odio filii ejusdemque patris sui, cum de hereditate avi agitur, *L. si quis suo, §. ult. C. de inoffic. L. 3. §. si emancipatus, 1. D. bon. poss. cont. tab. C. non debet; de reg. jur. in VI.*

X. An vero dicemus id quod Azo, hunc nepotem filio exheredato a querela remoto ideo ad querelam non admitti, quia secundo gradu est ab eo qui deficit; aliter atque pater præteritus qui est eodem gradu cum filio: unde et filio exheredato deficiente ipse admittitur? Sed non tam falsa hæc ratio est quam inepta. Falsam quidem esse constat. Est enim definitio juris concepta generaliter, si is qui primo admittebatur ad accusationem deficiat, sequentem admitti. *d. L. pen. D. de inoff. testam.* Sequens maxime is est, non qui eodem gradu est cum primo, sed qui (6) secundo, ut nepos. Verum ut nulla sit definitio hujusmodi, est ipsa certe ratio per se ineptissima. Nam ut quis in præcedentis deficientis locum succedat, quid ad rem quæso, dummodo constet eum qui secundo loco admittitur, sequentem et secundo loco esse a primo, ut fiat successioni locus? Et certe cum in *L. pater. eod.* Papinianus dicit filio exheredato deficiente patrem præteritum admitti, non reddit hanc rationem, quod pater defuncti eodem gradu sit cum defuncti filio, sed quia parentibus non minus quam liberis pie relinqui debet. *L. nam etsi seq.* Quæ sane ratio ostendit nullam hic gradus, sed solum pietatis haberi rationem. Jam antem ostendi si quid pie relinquendum sit, potius pro officio pietatis relinquendum liberis, id est filiis et nepotibus, quam parentibus. An

(6) Ita Rubeus *d. Cap.* 2. sequentem non tantum in ordine dici, sed et in gradu, maxime cum sequens in gradu, ordinis ejusdem in caussa intestati, a qua jus querelæ pendet, et ad quam ea reducit, potior sit. Et licet per exheredationem filii satis fiat formæ juris ad sustinendum testamentum, non tamen juri naturali, id est non officio paterno vel avito. Unde concidit 1.° ratio adversa Gomezii etc. Confirmat hoc per *L. 3. §. 5. in fi. de bon. possess. contra tabul.* Ubi filio exheredato mortuo, nepotis merita a judice inofficiosi perpenduntur. Quare, ait, datur nepoti ibi querela ex persona propria. In sequenti tamen mice fluctuat, et in contrariam opinionem propendet. Nam vero et in petitione ad suppletionem legitimæ locus est successorio edicto; ut patre (eodemque filio defuncti) remoto, filius (nepos defuncti) id petat jure suo et ex persona sua. (Nam in *L. 34. C. h. t.* conceditur id ex persona filii) vid. Rub. ad *L. 14. Cap.* 20. qui affirmare videtur. Contrarium verius puto, quia successorio edicto locus in caussa intestati. Petitur autem repletio quartæ in caussa testati, imo ipsa actione ex testamento, vid. *supra C. 4. N.* 45. Hinc Suarez *d. ampliat* 10. *n. 54. et seq.* onus legitimæ adjectum probatum a filio superstite, post mortem patris non posse impugnari a nepote ex edicto successorio. Posse autem si filius ante patrem obiit, quia tunc nepos nanciscitur primum locum, eique debetur legitima sine onere *L. 9. §. 2. de lib. et postum. L. 6. pr. de inj. rupt.* unde notat quod etsi filia, dote accepta jurato, ut solet, renunciaverit hereditati paternæ, si ante patrem decedat, non nocere ipsius liberis renunciationem, quin legitima ipsis integra ac libera debeatur, etc.

etiam, quod restat, dicemus id quod Fulgosius et Iason, ideo nec in specie *L. si quis filium*, *C. de inoff. test.* neque adeo in specie *L. si quis postumus*, *de lib. et post. et L. si quis filio*, *D. de inju. rup.* filio exheredato nepotem præteritum in sequenti loco ad querelam olim admissum esse, aut nunc admitti, quia in omnibus his locis proponatur filius deliberante scripto herede, eoque nec delata querela decessisse: sic autem jus sit, ut querela non delata, si primus defecerit, non sit successorio edito, seu successioni locus? *reg. in L.* 1. in pr. *D. de succes. ed.* At hoc multo minus verum est, quam superiora. Nam si is qui plus iuris in querela habuit deficiat, non obstat sequenti quominus is ad querelam admittatur: quanto minus obstabit sequenti is, qui ante defecit, quam quidquam juris certi in querela habere inciperet? Omnium porro confessione ei filio, qui post aditam ab herede scripto hereditatem aliquando vixit, etiam vivo cœpit competere querela inofficiosi: ei autem qui ante decessit nunquam. Quare si filio exheredato post aditam hereditatem deficiente, istis aucloribus sequens admittitur: concedant oportet filio exheredato ante aditam hereditatem decedente, quo tempore minus juris in querela habuit, multo magis (7) successioni locum fore, ut sequens admittatur: quod et recte notavit Paulus Castrensis. Quod si quid etiam certius quærimus, quoties testamento facto proximus cognatus qui fuerat tempore mortis testatoris, prius moritur, quam certum sit an quis ex eo testamento exsistat heres, ut hic accidit: toties sequens incipit esse proximus, ut ei hereditas ab intestato deferatur, sive eum in prioris locum succedere dixeris, sive sine ista successione primum locum occupare, §. *proximus autem*, *Inst. de leg. ag. succ.* L 2. §. *proximum*, *D. de suis et leg. her.* Quapropter quod filio exheredato ante aditam hereditatem nec præparata quereta decedente, nepotem preteritum admitti dicimus, cum et definitione juris certa et exemplo Papiniani et ratione æquitatis manifesta defendatur, videamusque nihil contra afferri nisi aperte aut falsum aut ineptum: non dubium est quin tale sit, ut nisi quid manifesta aliqua lege mutetur, omnino retinere debeamus.

XI. Quid ergo, mutari dicemus in *L. si quis filium*, *C. de inoff. test.* Imo audeamus potius dicere a Justiniano hoc idem ea lege confirmari. Certe cum ad constituendum de proposita quæstione ventum est in vers. *sed nos*, constitutionis ejus prima verba hanc sententiam non obscure exprimunt. Præfatur enim primo Justinianus, se existimare omnes subjectos habere filios et nepotes suos affectione paterna et imitatione. Atqui convenit huic affectioni paternæ statuere, filiis et nepotibus suo cuique ordine pariter vel pie relinquendum esse, vel si relictum non sit, tum filiis remotis, æque adversus nepotes testamentum constitui inofficiosum. Ex quo necesse est intelligi sententia Justiniani ex eadem caussa eundem effectum, idest ex eadem caussa inofficiosi testamenti eamdem querelam nepotibus alio auxilio destitutis sequi debere. Deinde ex hac ratione ita constituit: nos omnium commodis prospicientes, jubemus in tali specie eadem jura nepoti dari quæ filius habebat. Atqui filius exheredatus habebat jus querelæ proprium et ex sua persona. Quis neget igitur hæc verba hanc quoque sententiam admittere, ut et nepos hoc idem ius habeat, idest et ipse querelam propriam atque et persona sua? Quod si admittunt hanc ipsam, et nos sequi debemus. Est enim ex jure antiquo, ut ostendimus, maxime ex *L. penult.* in pr. *D. de inoffic. testam.* Quidqid autem posterioribus legibus specialiter mutatum non est, id veterum legum et constitutionum regulis relictum intelligendum est, *L. præcipimus*, in. fin. *C. de appellat.* eodemque pertinet quod dicitur priores leges ad posteriores trahi: et contra, quoties de harum aut illarum interpretatione aut ambiguitate agitur. Sed et hæc ita accipi præcedentibus verbis Justiniani convenit. Congruit enim illi affectui paterno quem prius dixerat esse omnium subjectorum erga filios et nepotes suos: ex quo est ut nepos jus proprium in successione avi habere debeat, non adventicium ex persona patris ad se transmissum. Convenit etiam cum iis quæ sequuntur. Cum enim jussisset Justinianus, ut hic nepos eadem jura haberet quæ filius habebat: idem tanquam aliud tribuens continenter subjicit: et licet præparatio facta non sit, tamen posse nepotem eamdem querelam proponere: nempe transmissam, et ex persona patris. Consentis est. Nec spectari debet an nata sit querela filio, cum nepos non ex ea succedat, quæ filio delata sed ex persona propria.

(7) Et hanc quoque resp. ad *d. L.* 34. refellit Alciat. 4. *Parad.* 16. *n.* 7. Quia, ait, etsi actu querela filio non competeret, in successorio tamen edicto spe competiisse, sa-

tanendum est igitur, Justinianum huic nepoti prius dedisse querelam ex sua ipsius persona, alioqui superflue nunc eamdem illi ex persona patris daret. Nec dubito, quin omnes hanc interpretationem ut verbis congruentem, ita et rectam esse protinus concessuri essent, nisi viderentur alia in ea lege huic interpretationi repugnare. De quibus jam paucis videamus. Ne vero hic quidquam nos impediat; ista quæ repugnent, nulla sunt. Ait Justinianus, nepotem preteritum in specie proposita omni adjutorio destitutum fuisse, et de querela inofficiosi loquitur. Fateor contineri his verbis nepotem istum destitutum fuisse et paterno auxilio quod non esset transmissum, et proprio suo qui ex sua persona in querelam succederet: qui enim omne auxilium dicit, nullum excludit. Sed quod initio ita scribit, paulo post temperat. Subjicit enim: et hoc nonnulli Jurisconsulti in medium proponentes inhumane reliquerunt: quo significat quosdam Jurisconsultos fuisse in superiore illa opinione, et non omnes. Et vero non omnes in ea sententia fuerunt. Certe non fuit Palus, cuius generalis est illa definitio quæ exstat in *d. L. pen. in pr. D. de inoff. test.* si primus ad querelam non veniat, sequentem admitti. Non fuit, opinor, Papinianus; qui si filio exheredato remoto, patrem sequentem ad querelam admisit, quia huic pie relinqui debuit; multo magis eodem filio exheredato deficiente, nepotem præteritum ejusdem pietatis jure esset admissurus. *d. L. pater*, et *L. seq. D. eod.* Ait etiam Justinianus in extremo, hunc nepotem a vetustate quidem neglectum, a vigore autem suo recreatum. Sed aliud est neglectum eum fuisse a veteribus, aliud jure fuisse destitutum. Neglectus fuit, quia nonnulli Jurisconsulti eum excludebant, nemo autem aliorum exstitit qui eum specialiter defenderet, probaretque sequenti loco ad querelam admittendum. Nam Pauli generalis definitio est, nihil nominatim de hoc nepote exprimens, et Papinianus de patre sequente, non de nepote loquitur. Sed non ideo horum definitio et sententia ad nepotem istum (8) non pertinet: ut proinde nec verum sit eum jure auxilio omni fuisse destitutum. Sed restabit etiamnum in hac interpretatione hic scrupulus. Nam si nepos hic, ut volumus, querelam habet ex persona sua, quid opus erat ei dare ex persona patris? Neque enim dicemus otiose datam, ut sic fiat constitutio Justiniani supervacua et inutilis: quod nulla in lege admittendum est. *L. 1. in fin. D. ad munic.* Quod si opus erat ex persona patris dare, videamus ne ideo opus fuerit quia nepos ex persona sua omni auxilio destituebatur. Et certe fatendum est non esse huic nepoti necessariam querelam inofficiosi ex persona patris, ubi is ex persona sua eam satis constitutam habeat. Neque tamen ideo inutiliter ei prospicitur ut habeat eam quoque, si velit, ex persona patris. Accidit enim interdum ut eam ex persona sua non possit sine periculo usurpare. Quid enim, si sit præteritus justa ex caussa ingratitudinis, et ea testamento adscripta, et metuat ne ea ab herede probetur? Hic cum querelam ex sua persona non habeat, aut non possit intendere sine periculo; omnes vident utile illi esse habere a patre transmissam, ad quam confugiat: qua eadem recte utitur ex persona patris, dum is caussa ingratitudinis non adscripta exheredatus sit, aut ea non probetur. Idcirco et hanc quoque utiliter Justinianus adjecit, quam nepos paratam haberet, siquando necessitas incideret, cur ea uteretur. Ne quis autem hic anxie requirat cur isti nepoti præterito detur querela inofficiosi, non bonorum possessio contra tabulas In promptu enim caussa est, quod hæc bonorum possessio datur quidem liberis præteritis, ut est in §. *sunt autem*, *Inst. de bon. poss.* sed iis tantum qui sunt sui heredes, aut qui si in potestate mansissent, sui heredes futuri essent. Quo in numero non potuit esse hic nepos, quem pater cum avus moritur, in jure sui præcessit, §. *ita demum*, *Instit. de her. quæ ab int. def.* Atque hac ratione denegari isti nepoti bonorum possessionem contra tabulas in hac ipsa specie de qua agimus, diserte scriptum est in L. 4. §. 1. *D. de bonor. possess. cont. tabul.*

XII. Ratum igitur hoc sit, quod generaliter definitum est in *L. pen.* in pr. *D. de inoffic. testam.* si is qui ad querelam primo loco vocabatur, nolit aut non possit accusare, sequentem admitti; idipsum et generaliter ac sine exceptione verum esse: neque referre quo gradu sit is qui sequitur; eodemne quo prior qui querela exclusus est, puta primo: quomodo exheredatum filium sequitur pater præteritus, de quo est in *L. pater*, *D. eod.* an vero dispari et secundo a priore; quomodo exheredatum filium sequitur præteritus nepos ex eo quem,

(8) Aliter resp. Io. Gutierr. *in repet. L. pater.* 14. *D. h. t. n.* 30. Aliter Reiner. Bachov. *Misc. Disput. C.* 11. *p.* 154.

exheredato filio deficiente, non minus ex sua persona ad querelam admitti supra satis ostendimus. Unde probandum erit ut, si quis decedat patre et avo præteritis, primum quidem queri possit pater, ut gradu proprior: sed si is non queratur, locus fiat successioni, et avus ad querelam admittatur. Atque his rebus sit jam nobis conclusus hic locus in querela late patens, quibus querela inofficiosi testamenti competat. In quo hæc omnia ut proposui, tanquam hujus juris efficientia, certe ei juri necessario adjuncta, contineri animadvertere possumus; Quibus generibus personarum, Qua ex caussa, Adversus quæ testamenta, Quandiu, Quo ordine inter plures testamento exclusos, quave successione querela inofficiosi competat. Quæ et nos sigillatim atque ordine in hujus loci explicatione antea tractavimus.

## CAP. VIII.

### Adversus qoos querela inofficiosi testamenti competat.

*Inofficiosi querela competit adversum heredem scriptum, et hujus heredem, et fideicommissarium, cui hereditas ab illo restituta.* I.
*Quare adversus hos, et non alios.* II.
*Quomodo hi pro herede possideant, aut quasi pro herede.* III.
*Iidem cur ita possidere ex testamento debeant.* IV.
*Scriptus heres tenetur inofficiosi querela, etiamsi Rex aut Imperator, aut municeps, aut filius.* V.
*Filius ita, nisi institutus cum illo extraneus, a quo agens de inofficioso suum obtinere possit.* VI. et seq.
*Analysis, et explicatio* L. mater 19. D. de inoff. T. VII.

I Qui proximus locus est in omnia actione recte instituenda, adversus quem competat hæc querela, videamus. Competit qoerela inofficiosi adversus eos, qui tanquam heredes hereditatem possident, eamqoe sibi defendunt ex testamento, quod ioofficiosum dicitur. In hoc numero sunt tres: ideirco et totidem, quos querela ioofficiosi teneri legimus. Primum heres testamento scriptus, et is quidem sine controversia. *L. si non mortis*, §. 1. *L. si instituta*, §. *pen. L. si suspecta*, in princ. *D. de inoffic. test. L. si heredum*, *L. cum duobus*, *C. eod.* Secundo loco heredis scripti heres, quive in ejus locum (1) successit, ut fiscus. *d. L. si heredum*, *C. eod.* Tertio fideicommissarius, cui ex fideicommisso ab herede scripto restituta est hereditas. *L.* 1. *C. eod.*

II. Cur ergo adversus hos querela inofficiosi datur potius, quam adversus alios? Quia ut initio osteodimus, querela inofficiosi est petitio hereditatis ex inofficiosi caussa. Competit autem hereditatis petitio adversus eum qui hereditatem, remve aliquam hereditariam pro herede prove possessore possidet, ut si querela inofficiosi hanc petitiooem habet, uecesse sit et querelam adversus hos ipsos possessores dare. Et vero adversus hos dari placuit. Quod non obscure declaratur in *d. L.* 1. *C. eod.* Cum enim illic dicitur non esse iniquum, fideicommissarium querela perinde teneri, quasi pro herede, prove possessore possideret: satis significatur, multo magis futurum fuisse ut teneretur, si vere pro herede possideret: Atqui superiores illi tres, quos diximus, heres scriptus, heredis scripti heredes, et qui ab herede restitutam hereditatem accipit fideicommissarius: hi, inquam, hereditatem pro herede, seu tanquam heredes defuncti possident. De herede scripto non dubitatur, si quidem eo jure hereditatem teneat. Sed et in eadem caussa est heredis scripti heres. Nam et hic defuncti hereditatem obtinet per interpositam personam heredis. *L.* 3. *D. de her. pet.* unde dictum regula juris, heredem heredis, heredem quoque esse testatoris. *L. ult. C. de hered. instit.* Fideicommissarius autem cui ex fideicommisso restituta est hereditas, non est is quidem proprie et subtili jure heres; cum qui restituit hereditatem, ut semel heres exstitit, ita heres summo jure esse non desinat: Unde dubitatum in *d. L.* 1. *C. ds*

(1) Universalis scilicet. Contra particularem enim, ut legatarius, non datur hoc judicium universale. Quod si institutus jam solvit legata, si de iis detrahenda legitima, vel supplenda (alias enim legata, novo jure servantur *Auth. ex caussa C. de Lib. præt.*) contra legatarios remed. adipiscend. possession. et petitio hereditatis, ut vult Gomez. 1. *Resol.* 11. *n.* 15 quia, ait, titulus legati, pro non titulo. De fisci vero successione ad *d.* 10. vid. A Fab. 17. *Conject.* 2.

*inoffic. testam.* an adversus eum querela inofficiosi debeat admitti, cum vere pro herede non possideat. Sed idem vi et effectu pro herede est, translatis in eum omnibus ex Trebelliano §. *restituta*, *Inst. de fid. her.* Unde rursum respondetur in *ead. L.* 1. *non esse iniquum adversus eum querelam accommodari, ut perinde teneatur, quasi pro herede prove possessore possideret.* Recte: quasi ita possideret, quia re vera heres non est, ut nec possit vere pro herede possidere: sed quasi heres esset, ita habetur, ut sic quoque possit conveniri, quasi pro herede possideret.

III. At quomodo istos pro herede, aut quasi pro herede possidere dicimus, ut sic efficiatur eos querela inofficiosi, quæ hereditatis petitio est, teneri? Certe prima fronte repugnare videtur pro herede possidentis definitio: si quidem is dicitur pro herede possidere, qui cum nec summo jure, nec effectu heres sit, hereditatem tamen, aut quid hereditarium tanquam heres possidet. *L. pro herede*, *D. de hered. pet.* Atqui et heres scriptus, et hujus heredis heres, vere ex testamento heredes sunt; nec minus ex eo testamento heredis loco est, cui ex testamento (2) restituta. Qui ergo isti dicantur pro herede, aut quasi pro herede possidere? De hac objectione jam ante initio respondi. Qui testamento inofficioso scriptus est heres, non est heres, ut nec possit pro vero herede possidere. Testamentum enim inofficiosum cum tale pronuntiatum est, sic rescinditur, ut nullius momenti sit omnis ex eo heredis institutio. *L. Papinianus*, §. *ultim. D. de inoffic. testamen.* Et quanvis priusquam id constet, pendeat jus testamenti; tamen posquam semel tale pronuntiatum est, retroversus sic habetur, quasi factum non esset, aut certe factum esset a demente, unde et paterfamilias habetur intestatus, et perinde observantur heredi omnia, quasi heres nunquam exstitisset. *L.* 6. §. 1. *L. qui repudiantis*, §. 1. *L. eum qui*, §. 1. *D. de inofficios. testament.*

IV. Sed cum possit quis possidere pro herede ab intestato, cur ad querelam inofficiosi adversus aliquem recte instituendam non est satis eum pro herede quovis jure possidere; sed hoc amplius superiores exigimus, id est tales qui cum possideant pro herede, etiam possideant ex testamento de quo tanquam inofficioso agitur? Id caussæ est, quod non simplex petitio hereditatis hic instituitur, sed petitio hereditatis ex caussa inofficiosi, cujus nomine et querelam non solum adjunctam, sed etiam præcedentem habet. Hæc querela solum de testamento est, nec alio spectat quam ut id tanquam inofficiosum rescindantur. Ineptum sit igitur adversus alios dari, quam qui id testamentum tanquam justum defendunt. Nam cæteri cum de testamento nihil dicant, non possunt dici se constituere (3) ei querelæ adversarios. Adde quod querela hæc persequitur injuriam exclusionis testamento illatam. Non convenit autem de injuria testamenti cum aliis agi, quam qui adversus hanc accusationem testatoris factum, una et testamentum tuentur. Quod ex his qui pro herede possident, ii soli faciunt qui se heredes ex eo testamento esse volunt.

V. Quis testamento inofficioso scriptus sit heres, aut ex eo testamento hereditatem sibi defendat, ut querela inofficiosi teneatur, nihil interest. Neque majestas scripti heredis, aut alia amplitudo, vel favor, neque sanguinis cum defuncto conjunctio, aut pietatis vinculum heredem testamento inofficioso scriptum inofficiosi querela liberat. Majestas est in (4) Imperatoribus, regibus. Hi si testamento inofficioso instituti sunt heredes, placet nihilominus adversus eos de inofficioso agi posse. *L. Papinianus*, §. *si Imperator. D. de inoffic. testamen*, Amplitudo et favor (5) in municipibus, civitatibus: sanguinis arcta conjunctio cum liberis. Fac

(2) Et hæc si restitutio facta fideicommissario priusquam lis contra fiduciarium mota, Gomez. 1. *Res.* 11. *n.* 15. accidens si, et contra fiduciarium mota lis, restitutione ante sententiam facta, instantiam trensire ad fideicommissarium. Plane sententia contra fideicommissarium fiduciario, suæ partis ratione non nocet; sed cum, ex parte instituta querela, testamentum subsistat pro altera parte, proque illa ab intestato succedatur, quidni testamento non rupto quoad heredem: effectus tamen ejus in persona fideicommissarii recte ad caussam intestati devolvatur. Et sententia, quæ vincula testamenti rumpere potest contra heredem: quidni et jus fideicommissi, contra fideicommissarium, Mar. Lycklama 1. *Membran. Eclog.* 5. vid. et Govean. 1. *Var. Lect.* 5. Gilken. in *d. L.* 1. Ach. Personalis *Tr. de Petit. her. n.* 563. *et seqq.* Ant. Fab. 17. *Conject.* 1.

(3) Dissentire videtur Wes. *ad Rub. C. h. t. n.* 42. *et n.* 45.

(4) Unde tamen minus apte, ne dicam inepte, colligit Cujac. 15. *Obs.* 30. principem lege Glicia solutum non esse.

(5) Item in ecclesia, vel pia caussa. Quomodo exaudiendus Baldus dum dicit etiam Deo instituto hanc competere, confer *supra Lib.* 8. *Cap.* 27. *N.* 9. Et facit. *L.* 1. §. 5. *ad L. Falc.* junct. *L.* 8 §. 9. *hoc tit. Cap.*

municipes, aut (6) liberos esse institutos. Dicemus et adversus eos esse querelam inofficiosi ei, qui ab intestato habiturus esset cum his aut sine his hereditatem, *L. pen.* §. 1. *D. eod.* Ut puta, ex duobus filiis unus exheredatus est, alter institutus.

VI. Exheredatus si neminem alium habeat cum quo agat, quam fratrem institutum, etiam ei adversus fratrem pro semisse querelam dabimus. Sane in hac specie, et generaliter quoties ex duabus qui sunt ejusdem juris in successione ab intestato, unus exheredatus est, alter institutus, probandum est, ut si cum instituto sunt alii instituti heredes extranei a quibus is qui exheredatus erat possit suam partem consequi, ei adversus hos extraneos solum querela inofficiosi detur, non adversus fratrem, eumve qui rescisso testamento una quoque hereditatis partem ab intestato obtineret. De quo exstat responsum Pauli ex facto in *L. mater*, *D. de inoff.* ad hanc prope (7) sententiam.

VII. Mater decadens extraneum ex dodrante, id est novem unciis, heredem instituit: ex duabus filiabus, quas habebat, instituit alteram ex quadrante, id est ex reliquis tribus unciis: alteram præteriit. Præteritæ querelam competere certum est. Adversus quos hanc ei dabimus? Et adversus extraneum recte agi constat. Sed an adversus sororem quoque querela dabitur? Negat Paulus: *non est admittendum*, inquit, ut præterita *adversus sororem audiatur agendo de inofficioso.* Id autem disputando ita colligit. Filia præterita id vindicare debet quod intestata matre habitura esset. Proinde semissem tantum, quem solum sorore legitimam hereditatem non repudiante esset habitura. Nam ab intestato ita divideretur inter duas sorores matris hereditas, ut singulæ semissem, id est æquas partes haberent. Jam vero præterita agendo cum extraneo hunc semissem ab eo auferre potest, ut qui institutus sit ex semisse et tribus unciis. Quapropter dicendum est, inquit (et hoc in vers. *præterea*) omissa sorore instituta quæ non est repudianti similis, ab extraneo hunc semissem vindicandum et defendendum, totum hunc semissem illi auferendum, quasi reliquus semis ad institutam pertineret. Idque eo magis dicendum est, inquit, quod etsi quis putaverit filia præterita obtinente totum testamentum etiam adversus sororem institutam infirmari; tamen instituta ab intestato posset hereditatem adire, atque ita partiri hereditatem cum sorore præterita, et pro tribus unciis testamento relictis semissem auferre. Hoc vero posito, omnino recte colligit, totum istum semissem ab extraneo, non a sorore instituta esse vindicandum: idque efficitur hoc modo. Non debet præterita agere cum sorore sua de eo semisse obtinendo, quem in omnem eventum ab illa consequi non potest, sive vincatur, sive vincat: ubi scilicet agendo nihil aliud latura sit, quam ut judicio vexet sororem, nihil inde commodi consecutura. Malitiosa enim hæc petitio est: cujusmodi malitias jus audiri vetat. *L. in fundo*, *D. de rei vindicat.* Atqui præterita si de hoc semisse cum sorore agat, nihil ab ea eo nomine consequi

*ult. Cap.* 17. *Quæst.* 4. Duar. *hoc tit. C.* 9. Wes. *ad Rub. C. h. t. n.* 41. Gail. 2. *Obs.* 119. *n.* 4. *et seqq.* Connan. 9. *Comm.* 8. *n.* 11. qui recte docet quanvis, testamentum militis querelæ non subjaceat; si tamen miles a pagano institutus, non ideo querelam cessare.

(6) Sed num liberi instituti facient ut querela negetur fratri cui nihil institutionis, aliquid vero alio titulo relictum est, atque ut is actione expletoria contentus sit; generalius, num regulæ de titulo institutionis necessario in legitima ad excludendam querelam *supra Cap.* 4. *N.* 36. exceptio est in testamento inter liberos? Ita volunt Sich. *in Auth. novisss. C. h. t. n.* 15. Marc. Mantua *ibid. pag.* 111. *et seqq.* Beust. ad *L.* 1. *de jurej. n.* 179. Goth. *ad Nov.* 18. *C.* 1. Matthesilan. *Singul.* 103. Valasc. *Cons.* 23. moti, quod in hoc testamento solemnitates juris civilis remissæ sint, et Anton. Fab. 36. *Err. Prag.* 3. (rationem tamen hanc reprobans) ac operose confirmat Goth. Ant. *Disput. de Legit. Th.* 2. *lit. C.* Verum his alii communius obloquuntur. Ant. Quetta *Cons.* 36. *n.* 4. Gabr. Sarayna in *addit.* ad Mathesilan. *d. loc.* Hartm. Pist. *Lib.* 1. *Q.* 1. *n.* 12. *et seqq.* Covar. *in Cap. Raynutius* §. 1. *supra de testam. n.* 4. *et seqq.* Fuse M. Anton. Cucchus *in d. Auth. noviss.* §. *Quo titulo n.* 19. *et seqq.* Gilken. *in d. Auth. n.* 34. quia, ait, *Nov.* 115. hunc titulum requirens loquitur de parentibus et liberis, verbaque ejus restrictionem non admittunt. Sed et, ait, invidiosior inæqualitas inter liberos, quam si id compendii in extraneum conferatur, et Walth. 1. *Misc.* 9. quia et in testamento minus solemni liberi instituendi *Nov.* 107. *Cap.* 1. et Fach. 4. *Contr.* 24.

(7) Bellissima explicatio obscuræ legis, et quæ inter damnatas numeratur, teste Duar. *h. t. Cap.* 12. *sub. fin.* Quod vero dicitur semis vindicari *d. L.* 19. id Wes. *ad Rub. Cod. h. t. n.* 55. accipit de effectu exsecutionis, et respectu coheredis. Dodrantem vero totum peti, ne ex parte maneat heres extraneus.

possit in utramque partem, sive vincatur, sive vincat: Si vincitur, certum est. Sed etsi vincat, idem exitus futurus est. Effectum est enim, hac victoria ita testamentum infirmari, ut res dedocatur tantum ad caussam intestati; quo tempore soror instituta non modo non cogatur tres uncias ex quibus instituta est restituere, sed etiam consequatur semissem totum, uti est ratio divisionis inter liberos in successione legitima. Non ergo ullo modo hic ferendum est, ut præteritæ filiæ adversus sororem detur querela qua nihil prosit sibi, solam molestiam et vexationem judicii adferat institutæ. Nisi quis tamen in proposito dicat totam hereditatem etiam ab intestato ad præteritam pertinere, quasi filia instituta ex testamento adiens hereditatem repudiaverit ab intestato. Quod ita esse negat Paulus in vers. *præterea* et rationem reddit in vers. *cæterum. Nec enim*, inquit, *quæ ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur quam nescit sibi deferri.* Recte. Primum quia non est hoc animo quisquam ut repudiet hereditatem delatam, qui an sibi delata esset ignoravit, de qua propter ignorantiam nec cogitavit quidem. arg. *L. qui cum tutoribus*, *§. ultim. D. de trans.* Animo autem ut aditur, sic et repudiatur hereditas. *§. pen. Inst. de hered. qual. et diff. L. gerit. L. recusari*, *D. de acquirend. hered.* Deinde quia in repudianda hereditate vel legato certus esse debet de jure suo is, qui repudiat. *L. in repudianda. D. de acq. her.* Sed et hoc alio argumento probat Paulus, quod ex ipso responso petendum est.

## C A P. IX.

Qua de re querela inofficiosi competat: quid petat, et quantum.

*Agens de inofficioso hereditatis tantum vindicare potest, quantum habiturus ab intestato, sive totum, sive dimidium.* I.
*Ex duobus tamen exheredatis, uno querelam repudiante, aut exclusо, alter totum vindicat; et quare.* II.
*Contrariis occurritur. Conciliatio* L. qui repudiantis 17. L. si ponas, §. *ult. cum* L. Papinianus, §. quoniam D. de inoff. test. III.

I. Personas, quibus, et adversus quas querela inofficiosi testamenti competit, sequitur tertius locus ad rectam institutionem hujus actionis pertinens, de re quæ hac querela in judicium deducitur: in quo quæritur, quid quisque qui de inofficioso agit, et quantum petere debeat. Et cum querela sit petitio hereditatis, ut initio ostendimus, satis hoc intelligitur hac querela hereditatem peti. Quæritur, quantum hic quisque hac actione recte petat. Et si est ea petitio, qua rescisso testamento hereditas ab intestato petitur, quod et ipsum initio posuimus, *L. mater. D. de inoffic. testam.* sequitur, ut tantum quisque per querelam vindicare debeat de hereditate, quantum intestato patrefamilias mortuo esse habiturus, quæ et sententia exstat pœne totidem verbis in *d. L. mater*, in princip. Itaque si quis solus ab intestato futurus esset heres, de inofficioso agendo recte totam hereditatem petet: sin pro parte, non totam hereditatem, sed hanc ipsam partem petere debebit. Hinc in specie *d. L. mater*, cum ex duabus filiabus una a matre præterita esset, altera instituta, placet præteritam non nisi semissem hereditatis agendo de inofficioso vindicare posse: quippe, matre intestata mortua, hæc portio utriusque filiæ in legitima hereditate futura erat. Similiter et duobus filiis qui soli defuncto erant, exheredatis, si unus dicat inofficiosum, responsum est eum non totam hereditatem, sed dimidiam petere debere, in *L. Papinianus*, *§. quoniam D. eod.* Et hoc in duobus pluribusve exheredatis, qui ab initio ad querelam admittitur, tandiu ita est quandiu omnes ad accusationem venire possunt.

II. Quid ergo, si ex duobus exheredatis unus querelam repudiet, aut tempore vel alio modo querela excludatur? Placuit partem ejus alteri accrescere, ut qui ab initio per querelam partem solam vindicare poterat, nunc totam hereditatem possit, partem jure suo proprio, partem jure accrescendi. *L. si ponas*, *§. ult. D. eod.* In quo plane eamdem regulam secuti sunt veteres, quam in successione ab intestato inter istos sequeremur; ut hac quoque parte in querela petitionem legitimæ hereditatis liceat animadvertere. Nam ab intestato si ex pluribus heredibus legitimis unus partem suam omiserit, vel morte aut qualibet alia ratione impeditus sit quominus adeat, reliquis qui adierint, ejus portio accrescit. *L. si ex pluribus*

*D. de suis et legiti. hered.* Quod et pluribus istis qui ad eamdem querelam vocantur, si unus ab ea excidat, tanquam per querelam amissa hereditate, servari videmus. Et hoc est, quod aliis verbis scribit idem Paulus in *L. qui repudiantis*, in princip. *D. de inoffic. testamen.* cum qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facere iis qui eamdem querelam movere volunt. Hoc enim sentit, eum qui querelam repudiavit, nullam jam partem ex sua persona inducere, quam in hereditate cæteris obstrahat; eoque nec iis obstare quominus de inofficioso agendo totam hereditatem vindicent. Quod certe non aliunde accidit, quam quod repudiantis portio accrescit cæteris qui eamdem querelam retinent.

III. Videri tamen potest utrique isti sententiæ contrarium, quod est in *L. Papinianus*, *§. quoniam*. *D. de inof. testam.* Nam si duo sint filii exheredati, quo exemplo antea usi sumus, et de quarta ad excludendam querelam singulorum suffi iente quæratur, illic diserte scriptum est, alteri partem facere etiam eum qui non queritur, id est qui querelam repudiat. Quo dicto non solum affirmatur id, quod verbis negatur in *d. L. qui repudiantis:* verum etiam aperte hoc dicitur, portionem repudiantis alteri non accrescere, contra *L. si ponas*, *§. ultim.* Sed dissimilitudo personarum et quæstionum ex his propositarum in his locis observanda est: ex qua et juris diversitas et diversitatis ratio non difficile intelligetur: neque necesse erit cum Accorsio et Bartolo divinabundis aut potius significationem verborum pervertentibus illa verba, *qui non queritur*, quæ sunt in *d. L. Papinianus*, *§. quoniam* sic interpretari, *qui non queritur*, sed (1) queri potest, et admitti speratur. Loquimur igitur nunc de duobus filiis exheredatis, quibus competebat ab initio querela inofficiosi: eum his scilicet neque tota legitima relicta esset neque pars legitimæ, ut sola his superesset ad legitimam replendam actio. Ac de his agi constat in *d. L. qui repudiantis*, *et d. L. si ponas*, *§. ultim.* De his vere dicitur, si unus querelam omittat, eum alteri partem non facere, id est ut modo sum interpretatus, non constituere partem quam alteri auferat: eum portio omissa alteri accrescat. Accrescit autem ideo, quia potest et debet accrescere. Jus enim accrescendi locum habet inter plures qui ad eandem hereditatem vocantur sive legitimam, ut qui ex his partem suam repudiat, ejus portio accrescat iis qui suas partes agnoverunt. *L. qui ex duobus*, *§. ultim. D. de acquirend. hered. d. L. si ex pluribus*, *D. de suis et leg. her.* At tales heredes sunt qui querelam inofficiosi habent, quales sunt filii exheredati duo. Nam hi per querelam vocantur ad hereditatem legitimam *d. L. mater, de inoffic. test.* Qui autem ex his querelam repudiat, is eadem opera repudiat hereditatem, ad quam solum per querelam pervenire poterat, et qui querelam admittit, idem per querelam jus hereditatis delatæ sibi retinet. Ita fit, ut uno querelam repudiante aut altero querela excluso, portio ejus deficiens ad jus superius pertineat, eoque et accrescat ei qui querelam retinens eam movere cogitat. Contra in *L. Papinianus*, *§. quoniam*. agitur quidem de duobus filiis exheredatis, sed iis quorum unus saltem proponeretur querela esse exclusus, cum ei aliquid legitimæ nomine relictum esset, (2) quæreretarque an

(1) Ita Chillet. *d. C.* 7. verba ista παραβατικῶς accipienda. Quia enim incertum ac in pendenti est, an recte exheredatus sit, partem eum interim facere. Sit et Cujac. *in Nov.* 18. *pag.* 102. Verba *non egit in L.* 16. *pr.* exponit, scilicet repudiando *L.* 17. *pr.* seu si constituit non agere *L.* 23. *§. ult. h. t.* secus, si omittendo tantum. Qui omittit, id est tacet et non agit cum agere posset, partem facit *d. §.* 8. Et sane etsi alias distinctionem Donelli probem, non improbabilis mihi hæc d. verborum acceptatio. Nam illa, *etsi d cum inofficiosum* aperte convincunt, ibi de parte facienda in ipsa querela tractari. An autem faciat in legitima, de ea in *vers. seq. proinde etc.* Quare puto, ubi duo exheredati et ambobus querela competit, priusquam constet alterum non posse agere, dum scilicet nec repudiavit nec dies ei exiit, alterum actione de inofficioso semissem petere debere *d. §.* 8. Quem ubi obtinuit, si postea frater tempore vel aliter, juxta ea quæ *supra C.* 6. exclusus deficiat, semissem ejus jure accrescendi ad eum, qui questus est pervenire. Fac. *L.* 2. *D. si pars. her. pet.* Non autem per hoc, quod ille prius egit et obtinuit, impedietur alter postea querela uti, nisi repudiaverit *L.* 17. *pr. h. t.* vel aliter amiserit. Quam instituet, non contra fratrem, sed contra scriptos heredes. Et male omnino Connan. 9. *Comm.* 8. *n.* 2. prioris fratris querela totum testamentum rescindi (quod refellitur *Cap. seq. N.* 5.) nec opus hic esse iterum de querelæ justitia cognoscere, cum satis probata fuerit in fratris judicio; quodque victoria fratris in pari caussa prosit. Non enim constat parem caussam esse; potestque contingere ut prior obtinuerit, quia immerenter exheredatus; alter succumbat, quia ingratus ostendetur.

(2) Vid. *et supra C.* 4. *N.* 30. Recte vero noster inter querelam, in qua locus juri ac-

tantum quantum sufficeret ad quartam et per quartam ad eum excludendum. Respondetur autem si quartam habeat semissis quem ab intestato habiturus esset, id sufficere: idque ita esse, etsi alter frater non queratur: eum enim in hac computatione quartæ legitimæ partem facere, etiam qui non queritur; qui non (3) queritur inquam omnino, quia nec potest, sive quia semel noluit agere, sive quia morte exclusus non potuit. Cur ergo hic qui deficit, potius alteri partem facere dicitur quam superius? Optima ratione; quia necesse est eum alteri partem facere, eamque illi abstrahere, si ejus deficientis portio alteri accrescere non potest. Atqui hic non potest: quoniam alter nullam partem hereditatis obtinet; ut pote (4) quartam habens ac propterea querela exclusus, per quam solam ad hereditatem poterat pervenire. Satis autem jam supra intellectum est in hereditate non esse jus accrescendi, nisi inter plures qui ad eamdem hereditatem pariter vocentur, et quidem ita ut unus deficiat, cæteri ad eamdem hereditatem vocati etiam partes suas agnoverint. Quod cum in duobus diei non possit, quorum uterque aut alter tantum querela ac per hanc hereditate sit exclusus; apparet, quisquis horum parte hereditatis excludatur, nihil tamen inde alteri posse accrescere. Hinc fieri ut qui non queratur de inofficioso, non minus tamen alteri partem faciat quam si maxime per querelam partem suam obtineret. Quam ad rem etiam illud perspicuum est nihil interesse, utrum qui non queritur, possit adhuc queri: an amissa querela penitus excludatur, ut jam nulla spes sit eum ad querelam admitti posse.

crescendi, et legitimam relictam ad exclusionem querelæ, in qua non item, distinguit. Quæ dum magno errore plerique confundunt, expedire se hinc nequeunt, ut videre est ex iis, quæ hac de re tractant, Cujac. *in Nov.* 18. *pag.* 101. *et seqq.* Chill.t. *de Port. legit. Cap.* 7. Hot. *Disput. de Quarta legit. Cap.* 9. Maret. *Tr. Quartar. C.* 12. Batlaud. *Tr. Legitimæ Cap.* 4. *n.* 8. *et seqq.* Anton. Rubeus *ad L.* 14. *h. tit. Cap* 12. *et* 2. *seqq.* M. Anton. Cucch. *in Auth. noviss.* §. *Legitima quomodo sit quota n.* 15. *et seqq. pag.* 29. *et seqq.* Fachin. 4. *Contr.* 31. Vasq. *Lib.* 3. *de success. progressu* §. 23. *n.* 117. *et seqq.* Anton. Quetta. *Cons.* 41. *et seqq.* Alb. Brunus *Comm. super statuto exclud. fœminas etc. Artic.* 13. *n.* 23. *et seqq.* Tessaur. *Decis.* 159. P. Gilken. *in d. Auth. noviss. n.* 10. *et seqq. etc.* Exemplo res plane fiet. Qui habet mille in bonis, et duos filios, utroque exheredato, sed priori 125. nomine legitimæ relictis, decessit. Jus ita fuit, ut cui legitima integra, quoquo titulo relicta esset, querela excluderetur; cui vero aliquid vel minimum deesset, admitteretur (in quo utroque postea innovatum est, ut *supra C.* 4.) Quasi ergo si is cui, vel nihil vel non satis relictum, quique ideo jus querelæ habuit, non queratur; an per hoc querelam nanciscatur alter filius, quam, querente illo, non habiturus? Videtur quod sic, quia cum remoto fratre, jam solus sit, nomine legitimæ jam illi 250 debeantur. Contra deciditur. At pone: uterque exheredatus; neutri quid legitimæ nomine relictum. Alter non queritur exclusus repudiatione, vel tempore; partem non facit. Proinde alter, cui querela integra, testamentum in totum subvertit, assemque heredatis consequitur.

(3) De exheredato intellige, et quidem immerenter, cui querela delata est, vid. *C. seq. N.* 6. Nam qui successionis plane incapax jure vel communi, ut ex delicto deportatus: item monachus Minoritarum religionem proprofessus; vel municipali, ut filia nupta quæ per dotem a reliqua successione ex statuto arcetur, partem non facit, quia nec ab intestato successurus; et habetur, quoad successionem ac si omnino natus non esset, Sichard. *ad Auth. noviss. C. h. t. n.* 27. Ant. Fab. 12. *Err. Prag.* 8. Chillet. *d. C.* 7. Etsi quoad filiam dotatam multi contradicant, statuentes tamen in parte quam illam fratribus facere volunt, computari quoque dotem quam accepit, P. Greg. 44. *Synt.* 5. *n.* 8. Plane quæ dote accepta renunciavit jurato successioni, et legitimæ partem faciet in computatione legitimæ: quia nec potest dici partem non habere, vel non admitti ad partem, quæ jam vivo patre, partem suam consecuta intelligitur, A. Fab. 12. *Err. Prag.* 8. ubi et statuit aliam rationem esse exclusionis filiæ dotatæ, quæ fit per statutum; aliam quæ per renunciationem: illic de masculorum, hic de patris favore quæri.

(4) Recte; Legitima enim est quota bonorum, non hereditatis. Quin etsi pars hereditatis esset; haberetur tamen ex testamento. Exheredatus autem alter cui querela competit, nullum habuit jus nisi ab intestato. Neque is cum instituto unquam conjunctus. Jus autem accrescendi, non nisi inter conjunctos.

## CAP. X.

### Finis querelæ, et huic respondens effectus judicii de Inofficioso.

*Finis querelæ duplex: qualis uterque; effectus jure veteri consimilis.* I.
*Dissimilis jure Justinianeo.* II.
*Quoad istitutiones tamen eadem utroque jure testamenti rescissio.* III.
*Rescindendi quæ caussa; et qui alius rescissionis effectus.* IV.
*Testamentum ab heredis institutione rescindi aut totum aut pro parte; et pro altera parte valere.* V.
*Quot et quibus hoc efficiatur modis.* VI.
*Talibus modis fieri aliquem pro parte testatum, pro parte intestatum. Hoc quomodo non sit juris regulæ contrarium.* VII.
*Adversus scriptum heredem qui de inofficioso egit et obtinuit, semper evincit; adversus alios ita, si sit idem heres ab intestato.* VIII.
*Secus ille evincit hereditatem venientibus ab intestato, non sibi. Hoc quid sit exponitur, et vindicatur a contrariis.* IX.
*Qui cum alio heres, etsi de inofficioso tamquam solus egit et totum evicit, fiet heres pro parte dumtaxat.* X. XII.
*Nisi alius heres repudiaverit, aut fuerit exclusus.* XI.
*Institutione heredis irrita, nec legata aut libertates veteri jure subsistere et quare.* XIII.
*Sed firma hæc eadem manere Justinianeo jure: eoque abrogari vetera jura.* XIV. et seq.
*Illa vero adeo justa methodo ad tria capita revocari. Singula quæ, et cur hodie supervacua.* XV. XVI. XVII. XVIII.
*Pœna victi actoris æquitati consentanea. Duo ejus partes dignoscendæ.* XIX.
Culpa: *Hæc in quatuor rebus versatur, et quæ sint.* XX.
Pœna: *Quarum rerum amissione hæc contineatur, aut secus: cui vindicetur. An ulla victoris pœna* XXI. XXII.

I. Restat finis querelæ inofficiosi testamenti, quem et effectus juris sequitur, in quo sita est vis et potestas judicii de inofficioso. Querelæ inofficiosi finis duplex est. Primus, ex quo et initium agendi, ut testamentum rescindatur tanquam a demente factum. Alter, et is summus, utpote ad quem potissimum fertur hæc actio, ut testamento rescisso, atque ita re ad caussam intestati deducta, inde obtineatur defuncti hereditas nulla ex parte testamento imminuta. Et habuit olim uterque hic finis effectum juris consentientem, idque in omni parte testamenti.

II. Non sic hodie ex constitutione Novella Justiniani de qua mox. Hæc ut sunt partes testamenti, ita effectus querelæ induxit dissimiles. Aliud enim constituit de heredum institutionibus, aliud de relictis singularum rerum testamento comprehensis. Quod cum ita sit, ne res ex hoc jure diversæ a nobis confundantur, de his in quæstione de hujus judicii effectu separatim cognoscendum est; ac primum de heredum istitutionibus.

III. Ergo qui primus finis est querelæ inofficiosi, ut testamentum rescindatur, hunc quoque finem hoc judicium assequitur per omnia circa heredum istitutiones. Nam et hæ rescinduntur re vera, simulatque testamentum inofficiosum pronuntiatum est, idque et vetere jure, et novo. De vetere jure certum est, quo totum testamentum ipso jure rescindebatur. *L. Papinianus*, §. *ultim. D. de inoffic. testam.* Sed et idem retentum Novella, *ut cum de app. cog.* §. *sive igitur*, *et* §. *justum*, cujus summa expressa est in *auth. ex caussa*, *C. de libe. præt. vel exh.* in hæc verba: *ex caussa exheredationis vel præteritionis irritum est testamentum*, *quod attinet ad istitutiones.*

IV. Ergo et ex caussa inofficiosi; quia testamentum inofficiosum facit inofficiosa exheredatio vel præteritio. Cur ex hac caussa rescindatur testamentum, illa idonea ratio est, quod damnatur tanquam a demente aut furioso factum, *L.* 2. *L. Titia*, in fin. *L. mater*, vers. *secundum quod*, *D. de inoffic. testamen.* Constat autem furiosum testandi jus non habere, §. *præterea*, *Inst. quib. non est per. fac. testam.* Itaque hæc rescissio alium effectum secum ducit, ut tanquam si testamentum factum non esset, quod fieret, si factum esset a furioso, sic testamento per querelam rescisso paterfamilias fiat intesta-

tus: hæc enim intestati definitio est, cum aut testamentum factum non est, aut non jure, aut id quod factum erat jure postea rescinditur. *Instit. de hered. quæ ab intest. def.* in princ. Atque hunc querelæ inter alia effectum esse traditur in *L.* 6. §. 1. *D. de inoffic. testam.* Cui congruit, et illud, ut heredi scripto post hanc rescissionem perinde omnia observentur, ac si ab illo hereditas adita non fuisset: sic enim eveniret nullo testamento facto, seu intestato patrefamilias mortuo: quod rursum scriptum legimus in *L. eum, qui* §. *ultim. D. eod.*

V. Non tamen testamentum inofficiosum, quanvis tale pronuntiatum, semper totum etiam ab heredis institutione rescinditur. Interdum rescinditur tantum pro parte, pro qua et testator sit intestatus; pro reliqua valet testamentum; manetque hactenus penes scriptos heredes. Accidit horum alterum, prout est quantitas hereditatis quæ per querelam vindicatur. Nam si petitur tota hereditas, etiam totam heredum institutionem rescindi necesse est. Sic enim evincitur tota hereditas per querelam, *d. L. eum qui*, §. *ultim. de inoffic. testamen.* qua evicta, nihil relinquitur ex eo testamento scriptis heredibus. Quod si pars tantum hereditatis per querelam petetur, eveniet hic contra ut hactenus solum testamentum rescindatur, fiatque hoc modo testator pro parte intestatus: cum eam partem quæ scriptis heredibus non evincitur necesse sit apud eos manere. Idque ita evenire variis exemplis ex facto propositis declaratur in *L. nam etsi.* §. *ult. L. mater*, vers. *secundum quod. L. circa. D. de inoff. testam.*

VI. Sed ne exemplorum numero et varietate laboremus, summa omnium redit ad hanc divisionem, in qua ipsa et jus superius per omnia possumus observare. Ut per querelam solum petatur pars hereditatis, fiatque hoc modo circa heredum institutiones, ut testamentum rescindatur tantum pro parte, duobus modis genere summis accidit. Aut enim duo sunt legitimi heredes testatoris quorum unus tantum querelam habeat, aut unus tantum legitimus heres querelam habens, sed duo scripti heredes quorum adversus unum legitimus non possit agere utiliter de inofficioso. Quod de duobus legitimis heredibus et duobus scriptis dixi, exempli caussa dixi, ut nihilominus et in pluribus idem velim intelligi: sed docendi caussa duorum numero utimur, ut præceptio sit et dilucidior et brevior. Ut duo sint tantum heredes legitimi, puta filii duo quorum unus tantum querelam habeat pro parte ac pro hac solum infirmet testamentum, dupliciter contingit. Uno modo, si unus sit a patre exheredatus vel, quod idem valet, a matre præteritus, et alter heres institutus sive solus, sive cum aliis heredibus. Nam qui præteritus exheredatusve est, semissem tantum per querelam vindicare potest. Vindicat enim ab intestato: atque hæc solum pars est, quam intestato patre mortuo esset habiturus, fratre ejus alterum semissem obtinente. Hinc evenire in hac specie Paulus respondit, ut præterito filio agente de inofficioso, quia semissem tantum petit, idcirco non in totum testamentum infirmetur, sed pro parte mater intestata efficiatur: hoc ille in *d. L. mater.* vers. *præterea. de inoffic.* Altero modo, si duo isti filii soli ab intestato heredes ambo a matre præteriti sint aut a patre exheredati, sed unus sine caussa aut ea quæ non probetur ab herede scripto, alter justa ex caussa, et ea ab herede probata. Etiam in hac specie qui immerito præteritus est aut exheredatus, nihil amplius vindicare potest per querelam, quam semissem, quem (1) solum habiturus esset ab intestato divisa cum fratre hereditate. Alter autem

(1) Meus igitur nostri est quod rite et juste exheredatus fratribus partem faciat non tantum in legitima portione definienda, sed et in ipsa querela. Et recte etsi plerique dissentiant, ut et Gilchen. *in Auth. noviss. Cod. hoc tit. n.* 13. Chiflet *de Port. legit. C.* 7. Ratio solida, quia hic nulla conjunctio, proinde nec jus accrescendi. Nam ille nec ad hereditatem vocatur ex testamento, quo exclusus, neque ab intestato, quia ad eam venire non potest nisi per querelam, nec intestati successioni locus nisi testamento subverso, per *L.* 39. *de acquir. her.* Atqui querela ei non defertur. Quare portio illius, quæ nunquam ulla fuit, defecta dici nequit. Atque hoc est, opinor, quod in *L.* 16. *pr. h. t.* habetur. Filiam quæ non egit aut non obtinuit, in hereditate legitima fratri non concurrere, id est ad eandem non una vocari, *quæ non egit.* (Contrario plane modo interpretor quam Cujac. ut *not. C. preced. N.* 1.) cum scilicet agere non posset. Jungitur enim ei, quæ non obtinuit. Quare accipi debet quæ in pari caussa est. Quo etiam modo exponi commodius potest *L.* 8. §. 8. *h. t.* qui *non queritur* scilicet cum nec jure queri possit exheredatus sicuti accipere videtur P. Greg. 44. *Synt.* 5. *n.* 8. (Etsi nec contraria sane expositio Accursii omnino improbabilis, ut notavi *Cap. prœc. N.* 1.) qui et hoc confirmat, quia cum adversus patrem ingratus fuerit iste: commodum ejus patris heredis erit, cujus esse pater voluit. Ad hæc juri accrescendi locus, quando, quid de portione deficiente fieri debeat nec lex, nec homo cavit. Hic vero voluit testator, eam heredi instituto acquiri, ejusque

cum justa de caussa sit exclusus, semissem alterum agendo de inofficioso auferre non potest: ut proinde necesse sit similiter ut, supra pro hujus parte valere testamentum, utpote ab eo pro hac parte non infirmatum. Ut autem unus sit tantum legitimus heres, duo autem scripti testamento heredes, quorum adversus unum tantum non possit legitimus de inofficioso utiliter agere, accidit id quoque dupliciter, fitque totidem modis, ut hic pro parte alterius heredis testamentum infirmetur, pro hujus parte consistat. Uno modo, legitimus heres testamento exclusus adversus unum ex heredibus scriptis querelam habeat, adversus alterum aperte non habeat: ut fit in hac specie, si frater qui neque filios neque parentes habebat, sed solum fratrem, decesserit hoc fratre præterito, duobus extraneis scriptis heredibus, sed qui diversi juris fuerint in querela perpetienda, puta uno honesta persona, altero turpi. Hic quidem certi juris est, fratri præterito adversus turpem heredem querelam solum esse, adversus non turpem non esse. *L. fratres*, *C. de inoff. testa.* Ita necesse est fratre agente de inofficioso, sic pro parte turpis heredis rescindi testamentum, ut pro parte alterius consistat, ut pote hactenus non rescissum, quæ species est *L. circa*, *D. eod.* fit altero modo, ut legitimus heres querelam habens, cum uno ex pluribus scriptis heredibus utiliter agere non possit, si proponas filium solum legitimum heredem justa de caussa exheredatum esse, duobus heredibus institutis, a quibus si justa caussa probetur, pariter ab utroque excludi debeat: sed adversus unum pro ejus parte agentem vincere, quia caussa ab adversario probari non potuerit: separatim autem agentem adversus alterum superari, quia is caussam testamento adscriptam probaverit. In his adversus scriptos heredes diversis judicum sententiis apparet testamentum pro parte unius rescindi, pro parte alterius consistere, quia querela adversus eum nihil egerit: idque ipsum ita servandum esse placet: quæ species est *d. L. nam etsi*, §. *ult. de inoff. testam.*

VII. In quibus omnibus ut pro parte testamentum rescindi placet, ita et illud evenit, ut testator pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videatur: quod et ipsum supra scriptis in locis omnibus traditur, apertissime in *d. L. circa. eod.* Hic ergo adversari quis dixerit regulam juris, quæ efficit jure civili neminem in paganis testatum simul et intestatum decedere posse. *L. jus nostrum*, *D. de reg. jur.* Sed regula nihil adversatur. Hæc quid jus dictet ostendit. Nos de judicum sententia loquimur, et quid in proposito valeat quærimus. Res sic habet. Si de jure agitur, nunquam jure fit, ut paganus pro parte testatus decedat, et pro parte intestatus, non dico ab initio, sed ne (2) ex eventu quidem, et eo quod postea inciderit. Unde duobus heredibus institutis, etsi unus portionem suam repudiat, non ideo tamen ea pars a testamento excidit, ut quasi testator pro ea parte fiat intestatus et sic ea transferatur ad heredes legitimos; sed portio deficiens alteri coheredi accrescit, si suam partem agnoverit, et accrescit etiam invito: tantum ideo, ut qui pro altera parte manebat testatus, etiam in reliquam partem, ac proinde in totum testatus fieret. *L qui*

voluntas, quoad hunc filium ingratum, justa. Aliud est, si utrumque filium immerenter exheredavit, extraneo instituto, et alter nolit agere vel querelam amittat. Etsi enim et hic partem deficientis non alii quam heredi acquiri testator voluerit, voluntas tamen ejus, ratione utriusque filii injusta. Denique declictum fratris, uti fratribus nocere non debet: ita nec prodesse, ut plus consequantur quam ab intestato habituri. Objic. exheredatus pro mortuo *L.* 1. §. 5 *de conjung. cum eman. lib.* Ergo frater habet totam hereditatem, non tam jure accrescendi, quam non decrescendi, perinde ac si in rebus humanis ille non esset. Resp. Bart. ref. Rubeo ad *L.* 14. *h. t. C.* 14. *n.* 5. id inde *d.* § 5. ut nepotes suo jure admittantur, ideoque casum diversum a nostro esse. Quod autem jure non decrescendi sola hereditas hic obtineri nequeat, sic firmissime probo: Non habet eam alter frater ex testamento: eo quippe, et nunc exclusum ponimus, sed immerenter, ut querelam habeat. Ergo ab intestato. Necesse erit itaque totam hereditatem ad intestati caussam devolvi. Atqui testamento toto subverso exheredatus, etiam juste, necesse est, ut in legitima hereditate concurrat (quod est contra *L.* 16. *p. h. t.*) Quia exheredatio, nisi rato manente testamento, vel toto, vel saltem ea institutionis parte, pro qua est exheredatus, ut consistat jure impossibile est, et pugnantiam implicat. Quare alterutrum hic, ex necessitate præcisa statuendum: aut testamentum per querelam iniuste exheredati pro parte tantum ejus subverti; aut si in universum intestatus pater reddatur, fratrem juste exheredatum, cui jus querelæ non fuit, una cum fratre admitti. Cui argumento, quid vel in speciem reponi possit non video.

(2) Recte. Nec probandi qui ex post facto intestatum fieri ex parte posse rentur, Duar. *h. t. C.* 12. P. Fab. ad *d. L.* 7. *de R. I* Pac. 7. *Q.* 80.

*ex duobus*, §. 1. *D. de acquir. her.* Neque hoc si jus spectamus, aliter fit in testamento inofficioso, quod pro parte tantum rescinditur sententia judicis. Nam si vere demens fuit, cujus testamentum damnatur tanquam dementis, non potest, quin ejus testamentum in totum jure nullum sit; quoniam demens testamentum facere non potest. §. *præterea*, *Inst. quib. non est permiss. fac. testam.* Si demens non fuit, caussa rescindendi sublata, nihil potest dici cur non testamentum jure in totum valeat. Cur ergo interdum rescinditur tantum pro parte tanquam dementis, pro altera parte tanquam hominis sani consistit? Sententia judicum id facit, non jus: et facit ideo, quia petitio hereditatis quæ in judicium deducebatur per querelam, ejusmodi sententiam exigit. Petebatur enim apud judices pars tantum hereditatis vel quia plures heredes legitimi erant, quorum singuli non nisi ad portionem hereditatis vocantur; vel quia plures scripti heredes, quorum a singulis non nisi pars ex qua heredes erant, peti potuit. De ea ergo solum parte cognoscentes judices, non amplius quam de ea pronuntiare potuerunt et hanc sententiam ferre, hactenus testamentum esse inofficiosum. Alteram partem, de qua apud eos actum non est, ne attingere quidem potuerunt: quam ob caussam et eam necesse est in suo loco, eoque in testamento manere, ut Papinianus scribit in *L. nam etsi*, in fin. *D. de inoff. testam.* Unde et idem eodem loco de hac rescissione testamenti quæ pro parte fit, sic loquitur, ut dicat testamento pro parte rescisso, non testatorem pro parte intestatum fieri, sed pro parte intestatum videri: quomodo et Ulpianus loquitur in *L. circa*, *eod.* Recte videri: non re vera, et jure non ita est, sed (3) sententia judicis testamentum tantum pro parte rescindens, et hactenus hereditatem heredi scripto auferens, facit ut hactenus solum videatur testator decessisse intestatus, cum reliqua pars apud heredem scriptum maneat. Cur ergo hic potius sententiam sequimur, quam jus? quia rei judicatæ standum est, cujus auctoritate utitur is qui egit de inofficioso. *L. qui repudiantis*, in princ. *D. eod.* Neque vero sententia certa parte definita, ulterius porrigi potest, quo alteri noceat. *L. Imperator*, *D. de post.*

VIII. Atque hic primus finis est querelæ inofficiosi, quem et hoc judicium assequitur circa heredum institutiones, ut scilicet testamento inofficioso pronuntiato, testamentum ab institutionibus heredum ipso jure rescindatur, et in his hactenus testator fiat intestatus, quatenus de hereditate actum est. Alter, ut dixi, finis est ut, ita rescisso testamento et re ad caussam intestati deducta, inde, id est ab intestato obtineatur hereditas: quæ idcirco etiam dicitur per querelam ab intestato peti. *L. mater*, *D. de inof. testament.* Et hunc quoque finem in hereditatis jure effectus judicii sequitur, non tamen sine temperamento, quod hic in primis dignum est animadversione. Nam qui de inofficioso egit et vicit, semper hereditatem evincit scripto heredi qui victus est. *L. eum qui*, §. 1. *D. eod.* Idque ita esse intelligendum est, etsi artor vere ab intestato heres non esset. Res enim inter eos judicata est: rebus judicatis standum est si non fuerit provocatum. *L. cum prolatis*. *D. de re jud.* At adversus alios, non statim qui in caussa inofficiosi vicit obtinet hereditatem ab intestato, sed ita demum, si et ipse ab intestato solus sit heres.

IX. Quod si alii ab intestato heredes erunt, non victori pr derit victoria, sed iis qui habent ab intestato successionem, ut his verbis definitum legimus in *L.* 6. §. 1. *D. de inoff. testam.* Propone hoc modo, ut in specie *L. pater*, *D. eod.* filius emancipatus, liberis duobus quos habebat exheredatis, patre præterito vita decessit. Cum præcederet caussa liberorum, ut ibidem scriptum est: tamen pater præteritus occupans egit adversus scriptum heredem de inofficioso: cumque nemo eum repelleret, tanquam cum

(3) Ita Ræv. ad *d. L.* 7. *de R. I.* pro parte sustineri, non ipso jure civili, sed benigna judicum sententia. Facit *L.* 19. §. 2. *de cast. pecul.* Nec alienus est Wes. *ad Rub. Cod. hoc tit. n.* 75. Connan. 9. *Comm.* 8. *n.* 9. Nisi quod hic en solu casu, ex parte sustineri vult, cum duobus agentibus, alter obtinuit, alter non. Uno vero agente, etsi pro parte tantum sua, totum tamen testamentum rescindi, quia vitium inofficiosi per totum quasi corpus testamenti diffusum sit, nec possit valere ejus judicium, qui vel unum iniquе exheredavit. Quod minus apte probat ex *L.* 19. *vers. ceterum h. t.* Neque enim suam ibi sententiam refert IC. quod ipse ita putet, sed *si quis putaverit*, ex hypothesi loquitur, sensus hic: Si vel maxime totum testamentum infirmaretur; tamen id nihilomagis prodesset filiæ conquerenti nec quidquam plus adeptura foret, quam si pro parte rescinderetur. Quapropter pro parte tantum intestata efficitur, ut apertissime dicitur *d. L.* 19. *vers. præc.* Et refellitur Connan. ex *L.* 16. *pr. h. t.* junctis iis, quæ jam diximus *h. Cap. N.* 1.

qui præcedentibus liberis defuncti non admitteretur ad successionem ab intestato, eoque nec ad querelam, casu obtinuit. Dicemus eum, si quidem illi res sit cum scripto herede, obtenturum adversus eum hereditatem; quia victus heres rei judicatæ stare debeat, etiamsi maxime constet postea, patrem defuncti præcedentibus defuncti liberis ad successionem non admitti. Sed si liberi veniant et hereditatem petant, solos hos ab intestato heredes futuros; ut jam in hereditate obtinenda non patri victori victoria prosit, sed liberis, quorum in successione legitima præcedit. Cur ergo hic non prodest victoria patri, qui vicit? quia res inter patrem et scriptum heredem acta est, et adversus heredem scriptum solum judicata. Certi juris constitutio est, res inter alios actas vel judicatas aliis non præjudicare, non nocere. *L. sæpe. D. de re jud. Titu. C. res int al. act. vel jud. al. non noc.* Sed esto, ne prosit patri victori victoria adversus liberos defuncti ad hereditatem obtinendam. At quomodo prodesse potest liberis vel aliis ullis, qui ipsi nihil egerunt, et multo minus judicio vicerunt? Quid enim, an non repugnat regula juris quæ vetat per liberam personam quæ juri alterius subjecta non est, quidquam alteri civiliter acquiri, eoque et actionem ad petendam hereditatem et ad retinendum exceptionem? *L. 1. C. per quas pers. nob. acquir. §. ex his, Inst. eod. L. ea quæ, D. de acqui. rer. dom.* Et repugnaret omnino hæc regula, si quidem diceremus ex superiore sententia hic quidquam quæsitum esse liberis ad successionem ab intestato obtinendam. Nunc autem, quod liberis acquiritur hereditas in hac specie, id jure consequuntur, non superiore sententia. Quod innuens Ulpianus in *d. L. 6. §. 1. de inof. testam.* cum dixisset victoriam iis prodesse qui habent ab intestato successionem, hanc rationem reddit: *nam qui egit*, inquit, *intestatum patremfamilias fecit.* Id autem habet hanc sententiam; liberos in proposito obtinere hereditatem, non quia sententia prior his eam adjiciat, sed quia lex eis defert. Id autem fieri hac ratione quod, testamento superiori sententia rescisso, efficiatur paterfamilias intestatus. Intestato autem patrefamilias mortuo, in successione prima caussa est liberorum, quos non ulla sententia aut factum privati cujusquam, sed lex sola facit heredes. *Instit. de hered. quæ ab intest. def. §. 1. auth. in successione, C. de suis et leg. here.* ut et alios omnes heredes jure fieri heredes constat. *§. quos autem, Inst. de bono. possess.* Sed dicitur his victoria patris præcedens prodesse, quia per hanc pervenit res ad (4) caussam intestati: sine quo non potuisset hereditas ab intestato obtineri. Neque ideo tamen sententia prior potuit istos facere heredes, quæ de his ne cogitavit quidem. Et ut maxime de his sensisset, nunquam tamen heredes essent, nisi lex adjiceret his hereditatem, *d. §. quos autem, Inst. de bon. poss.*

X. Quod de uno victore dictum est, qui in totum non admitteretur ab intestato, idem multo magis probandum est in uno victore, qui heres tantum esset ab intestato pro parte: ut scilicet quamvis forte tanquam solus heres egerit de inofficioso, et totum adversus testamentum obtinuerit, tamen re ad caussam intestati deducta, utatur et ipse legitimæ successionis jure, fiatque pro parte tantum heres; pro reliqua parte beneficium victoriæ perveniat ad reliquos heredes legitimos ejus coheredes. Ut pota, duo sunt filii a patre exheredati, qui soli ab intestato futuri erant heredes. Unus, quasi solus esset patri ab intestato heres, cum forte abesset frater, et nuntiaretur mortuus, ita solus egit de inofficioso adversus heredem scriptum, et obtinuit, ut rescisso testamento solus evinceret hereditatem. Dicemus ex definitione *d. L. 6. §. 1.* victoriam hanc etiam fratri absenti prodesse ad hereditatem pro parte obtinendam: quia superiore rescissione (5)

(4) Scite. Convenit fere Pac. 3. *Q.* 31. Testamento rescisso, ait, heres ab intestato non ex sententia succedit, contra regulam Res inter alios judicata, etc. sed ex dispositione legis. Nec recte Duar. *h. t. C.* 13. *in d. L.* 6. §. 1. *non* exponit, id est *non tantum.* Recte vero Connan. 9. *Comm.* 9. *n.* 4. accipit *d.* §. 1. non tantum de extraneis plane a successione remotis, sed et de iis qui non jure, sed gradu excluduntur, ut nepos quem filius præcedit, vid. et Rubeum ad *L.* 14. *h. t. C.* 6.

(5) Sed num et iis, quibus jus querelæ non est, veluti pater ad querelam admittitur præ fratre. Ab intestato simul succedunt. An rescisso per querelam testamento, a patre fratris successioni locus sit? Elegans quæstio est, de qua Vult. *in pr. I. h. t. n.* 9. (qui negat, ne fraus fiat legi, quæ non dat querelam fratribus, nisi liberi et parentes deficiant, *supra C.* 7. *N.* 1.) et Ranchinus *de Success. intest.* §. 17. ubi *n.* 4. ridiculum dicit negari querelam fratri, et admittere tamen ad successionem per querelam alterius. Confer Forst. 1. *de Success. intest.* 8. *et seqq.*

pater intestatus factus sit, illo autem intestato mortuo, ita esset jus successionis, ut ambo fratres patri succederent ex æquis partibus.

XI. Quod tamen sic accipiendum est, nisi qui ex his exheredatis egit, ideo solus totam hereditatem per querelam petierit, quia alter frater prius querelam repudiasset, aut alter a querela suo facto excidisset: Nam cum diximus partem hujus deficientis, quam in hereditate sperare poterat, alteri fratri accrescere, *L. si ponas*, §. *ult. D. de inoff. testam.* sequitur, ut ex illo tota hereditas ad alterum fratrem pertinere cœperit, quam possit deinde per querelam vindicare. Ac semel ejus facta illi invito postea auferri non potest. *L. id quod nostrum*, *D. de reg. jur.* et maxime si de inofficioso agendo obtinuerit; cum ea sententia jus antea quæsitum illi confirmare debuerit, non auferre. Sed et alter frater querelam repudiando, simul hereditatem quam solum per querelam obtinere poterat, repudiare intelligitur: quo fit, ut testamento inofficioso postea pronuntiato, de quo alter frater egerit, non possit redire ad hereditatem legitimam is qui eam repudiando amisit, *L. sicut*, *C. de repud. her.* Et hoc est quod Paulus sensit de hac specie in *L. qui repudiantis*, in princip. *D. de inoffi. testam.* qui cum dixisset repudiantem istum non facere partem alii qui eamdem querelam movere vult; ex eo infert, si alter ex liberis exheredatis de inofficioso egerit solus et obtinuerit, hunc totam hereditatem obtenturum, quam et (6) totam per querelam jure petierat, quam petitionem et judices sententia sua confirmarunt. Nec obstare ait quod rescisso testamento, alter quoque qui prius querelam repudiaverat, ad successionem ab intestato vocatur, ideoque universam hereditatem non recte vindicasset hic, qui de inofficioso egit. Nam si hoc metuit is qui obtinuit, utetur rei judicatæ auctoritate, quæ hunc solum pro herede habuit: et hoc, inquit, *quasi centumviri* (hujus petitionis olim judices apud Romanos) *hunc solum filium in rebus humanis esse tunc cum facerent intestatum crediderint.*

XII. Adeo autem verum est, cum unus in solidum de inofficioso egit, qui solus ab intestato non erat heres, alios quoque legitimos heredes una cum eo ad eamdem successionem admitti, ut non dubitet Paulus, id ipsum confirmare in hac specie: cum ex duabus filiabus una præterita est a matre, altera ex quadrante instituta, et extraneus ex dodrante: præterita autem quasi sola ab intestato heres de inofficioso in totum egit tam adversus sororem suam, quam adversus extraneum heredem, et obtinuit. Nam et hic Paulus respondit, filia præterita obtinente, ut maxime totum testamentum infirmetur, tamen etiam institutam ab intestato posse adire hereditatem, ut cum præterita ex æquo succedat: hoc ille in *d. L. mater*, vers. *cæterum.* Neque huic institutæ oberit sententia adversus eam dicta: quoniam adversus eam pro ea parte tantum actum est, pro qua fuit instituta: et hanc partem præterita sine dubio adversus institutam obtinebit: pro altera autem parte actum est adversus extraneum heredem. At hujus partem cum præterita obtinebit, potest instituta hanc illi auferre ad modum portionis sibi ab intestato debitæ, quia sententia adversus extraneum heredem lata filiæ institutæ nocere non potest.

XIII. Ac de effectu querelæ inofficiosi qui versetur circa heredum institutiones, satis dictum est, sive de rescindendo ab ea parte testamento, sive de hereditate per querelam obtinenda agatur. Sequitur, ut de relictis singularum rerum quæ eo testamento datæ sunt cognoscamus. In quibus non eumdem effectum huius judicii esse diximus post Novellam constitutionem Justiniani. Et de his jus vetus ita fuit, ut testamento inter legitimum et scriptum heredem inofficioso pronuntiato, non solum rescinderetur heredis institutio, quod primum fuit; sed etiam eadem opera quæcunque eo testamento scripta essent; ut jam nec libertates ipso jure valerent, nec legata deberentur. *L. Papinianus*, §. *ult. D. de inoffic. test.* Adeoque id jus valuit ut placeret nec fideicommissa eo testamento relicta a legitimis heredibus deberi, quamvis nominatim eodem testamento hi (7) rogati essent ea præstare quasi a demente, proinde et nullo testamento relicta. *L. Titia*, in fin. *D. eod.* Eratque plane consequens regulis juris, ut ita constitueretur, nisi si lege aliqua placeret

(6) Idem esse hoc casu, etsi totum non petierit, ut tamen totum rescindatur sentit Connan. 9. *Comm.* 8. *n.* 2.

(7) Et sic clausula codicillaris adiecta, legata non sustinebat. Wes. *ad Inst.* *C. h. t.* *n.* 72. Ratio, quia demens non magis codicillos quam testamentum condere potest.

hac parte aliquid immutari. Nam heredis institutio ita habetur jure vetere, ut ex ea testamentum vim accipiat, et ob id caput et fundamentum intelligatur totius testamenti: ut est in §. *ante heredis*, *Instit. de leg.* Quo jure posito, sequitur ut, sublata heredis institutione, sive quod nullus ab initio scriptus sit heres, sive quod is hereditatem non adierit, nihil in eo testamento scriptum valeat: quod et ipsum regula juris usurpatum est. *L. nemo*, 5. *D. de test. tut. L. eam quam*, *C. de fid.* Nec mirum sit placuisse, re inter legitimum et scriptum heredem de inofficioso testamento judicata, eam sententiam nocere legatariis et servis manumissis. Nam inter hos sententia fertur de re testamenti principali; nempe de heredis institutione, quæ in testamento totum facit, ut dixi. Atque hæc his agentibus utpote de hereditate contendentibus sic fit irrita, ut nec videatur ab initio ulla fuisse. *L. eum qui*, §. 1. *D. de inoff. testam.* Porro cum principalis caussa non consistit, ne ea quidem possunt quæ sequelæ aut accessionis locum habent. *L. cum principalis*, *D. de regul. jur.* Idcirco non idem placuit, si uno legatario legatum petente, is ideo remotus esset, quia testamentum ruptum, vel irritum, aut non justum pronuntiatum esset. Hanc inquam, sententiam placuit aliis vel legatariis, vel manumissis præjudicium non facere. *L.* 1. *D. de re jud.* Scilicet quia inter legatarium et scriptum heredem de re principali testamenti, puta hereditate, non agitur.

XIV. Post hoc jure recessum est constitutione Novella Justiniani, cujus ante memini, et cujus summa refertur in *d. auth. ex caussa*. *C. de lib. præt. ve' exher.* Sic autem verba sunt: *Ex caussa exheredationis vel præteritionis* (proinde et ex caussa inofficiosi) *testamentum irritum fit, quod attinet ad heredis institutiones, cætera namque firma permanent.* Cætera intelligit, omnia quæ præter hereditatem testamento relinquuntur, legata, fideicommissa, libertates, et si quid est his simile, quæ omnia Justinianus vult nihilominus in universum valere. Ergo his paucis verbis posterioribus tolluntur ea omnia quæ ad hanc legatorum et libertatum rescissionem pertinentia scripta legimus sub Titulo *D. de inoff. testam.* Quæ ut facilius a nobis observari possint et observata minus nos fallant, numero complectar, et in singulis mutationem juris quam brevissime indicabo.

XV. Et tria erant veterum scriptis ideo hic tractata, quæ legata et libertates ab hac rescissione vindicare poterant: conditio juris huic rescissioni posita, cautio prodita adversus rescissionem et ex hoc jure exceptiones quædam.

XVI. Conditio in hoc jure hæc fuit, ut ex testamento inofficioso neque legata neque libertates deberentur, si in caussa inofficiosi judicatum esset, et contra testamentum ipsum tanquam inofficiosum pronuntiatum, *L. Papinianus*, §. *ult. D. de inoff. testam.* Hinc caventes veteres recte monebant, quod ad vim testamenti et relictorum pertineret, si de inofficioso testamento inter legitimum et scriptum heredem transactum esset, quanvis id factum esset instituta jam inofficiosa accusatione, et quidem ita, ut scriptus heres sponte hereditate cederet: nihilominus testamentum in suo jure manere: ideo etiam datas in eo libertates et legata (8) deberi, *L. si suspecta*, §. *quanvis*, *D. eod.* Scilicet quia secundum conditionem supra scriptam juris, de inofficioso judicatum non esset. Idem juris esse de relictis, si herede non respondente secundum præsentem judicatum esset, *L. qui repudiantis*, §. *D. eod.* Nam et hic videbatur magis heres condemnatus esse, quia abesset nec jura sua proponeret, quam quod testamentum esset inofficiosum. Conditio autem juris superior hoc exigit, ut pronuntiatum sit contra ipsum testamentum. Ideo Paulus in *d. L. qui repudiantis*, §. 1. recte ait, hoc casu non credi jus ex sententia judicis fieri: ideo libertates competere et legata peti. Nos dicimus nihil ista interpretatione et admonitione opus esse ad conservationem relictorum. Non enim tantum, si de inofficioso transactum sit, aut judicatum solum contra personam heredis; sed etsi judicatum sit et pronuntiatum aperte contra ipsum testamentum, nihilominus hodie ex constitutione Justiniani legata et libertates salvæ sunt.

XVII. Cautio veterum adversus pericu-

(8) Ubi ratio dubitandi. Transactio habet vim rei judicatæ. Res judicata nocet legatariis, nisi appellaverint *d. L.* 29. *pr.* Ratio decidendi, ne in voluntate heredis scripti sit facto suo adimere legata. Res vero judicata afficit rem ipsam, quia de jure testamenti fertur sententia, et auctoritatem habet a judice. Immo a transactione, si noceret, non posset appellari, nec restitutio peti ab aliis, quam qui transegerint, A. Fab. ad *L.* 3. *D. de transact.*

lum rescissionis hæc erat. Quoniam enim, re inter legitimum et scriptum heredem de inofficioso testamento judicata, jus fiebat ex sententia, eoque et præjudicium afferebatur legatariis, *d. L. qui repudiantis*, in fin. *L. Papinianus*, §. *ult.* hac de caussa veteres hoc consilium dabant legatariis, ut si hic metuerent collusionem heredis scripti, qui facile pateretur pecunia se vinci, ipsi adessent judicio, et voluntatem defuncti tuerentur, aut si contra testamentum pronuntiatum fuisset, appellarent: fiebatque his utriusque rei potestas constitutionibus, *L. si suspecta*, in princ. *D. de inoff. testamen.* Hanc cautionem sciamus hodie esse supervacuam: sive collusorie, sive bona fide et sedulo scriptus heres testamentum defenderit et victus sit, omnimodo ex superiore constitutione legata debeantur absentibus et ignorantibus legatariis.

XVIII. Exceptiones ex hoc jure duæ erant. Una pertinebat ad libertates testamento relictas. Jus ita erat, ut rescisso ex caussa inofficiosi testamento etiam libertates conciderent. Excipiebantur libertates fideicommissæ, hac lege ut placeret, etiamsi intra quinquennium actum esset, nihilominus esse præstandas, dum modo manumissi singuli viginti aureos præstarent victori. Excipiebantur et directæ quas et ipsas placebat non esse revocandas, sed hac conditione, si inofficiosum dici cœptum esset post quinquennium; eodem illo onere insuper injuncto, ut viginti aurei præstarentur a singulis: hæc in L. *Papinianus*, §. (9) *ult. L. 9. seq. D. de inoff. test.* Quæret aliquis, quomodo post quinquennium agi possit de inofficioso: cum dixerimus supra, querelam inofficiosi quinquennio finire. Et sane non potest agi jure ordinario et communi, de quo jure superius illud dictum est; sed potest jure extraordinario, puta per in integrum restitutionem, aut beneficio ætatis: ut, si proponas minorem viginti quinque annis, cui querela competierat, intra quinquennium non egisse: placet ei ætati non imputari id quinquennium, ut proinde ætate legitima impleta integram inofficiosi querelam habeat. *L. 2. C. in quib. caus. in inte. rest. neces. non est.* Altera exceptio ducebatur ex errore testantis. Nam si mater falso rumore perlato de filii morte, præterito filio, alios heredes testamento instituisset, constabat filium reversum de inofficioso matris testamento agere posse: sed Hadrianus Imperator in hac specie hoc concesserat errori matris, ut cum hereditas ad filium pertineret rescissa heredum institutione, saltem libertates et legata a matre relicta præstarentur. (10) *L. cum mater. D. de inoff. test.* Hodie post illam Novellam Justiniani his exceptionibus non utimur. Generaliter enim et sine ulla circumscriptione verum est, ex caussa inofficiosi rescissis heredum institutionibus, nihilominus cætera firma manere. Ergo et libertates valent tam directæ, quam fideicommissariæ: nec interest in utroque genere quando agi cœptum sit de inofficioso, utrum intra quinquennium an postea: et præstantur ambæ ita, ut testamento relictæ sunt: proinde gratis, ut ob eam præstationem nihil a manumissis exigatur. Ne illud quidem distinguemus ad vim libertatum legatorumve omnium, quo animo testator filium præterierit, errorene an consulto illius excludendi caussa: sed ut maxime illum mater aut avus maternus sciens vivere præterierit, tamen rescisso testamento legata et libertates debebuntur. Et hæc hactenus de effectu querelæ inofficiosi, qui quidem proprius sit hujus judicii naturæ. Is autem est, non cum querela frustra instituitur, sed cum utiliter, eoque et illa finem suum obtinet: cum scilicet recte agenti tribuuntur ea quæ hæc querela persequitur, quæ posita sunt in rescissione testamenti et hereditate ab intestato obtinenda.

XIX. Unus effectus est hujus judicii præter finem et naturam judicii comparatus non pro actore, sed contra actorem, constitutus non ulla petitione actoris aut rei, sed ipso jure, de quo hic monendi locus est. Is autem effectus est pœna; quam hoc judicium

(9) Ubi per eas quæ competierunt, significantur directæ, per præstitas fidejcommissariæ, Chiflet. *Lib. 2. de Jure fideicomm. C. 8.* Connan. 9. *Comm. 9. n. 2.* Quamvis autem directa libertas ab adita statim hereditate competat: quinquennio tamen, quo querela institui potest, ut testamentum, ita et ipsa suspensa est. Quo lapso, præscripta quodammodo est, cum id tempus in omni liberali caussa servatum fuerit, Connan. *d. n. 2.* Idcoque dis cussatio, ex magua caussa liberati semel acquisitæ nocere nequit arg. *L. 9 §. ult. de minor.* Franc. de Caldas ad *L. 3. C. de in int. restit. in definit. V. Læsis n.* 162. Sane eo pro parte rescisso testamento, libertates sustinentur, etsi legata tunc pro parte præstentur *L. 13. C. h. t.* quæ scilicet divisiones recipiunt, alia in solidum, Duar. *h. t. C. 14.*

(10) Vid. *supra Lib. 6. C. 13. N. 23. N. 7. et seqq.*

irrogat victo actori. Quemadmodum enim qui juste queruntur de inofficioso, jure optimo factum est ut his consuleretur proposita querela ad testamentum rescindendum: ita etiam si quis improbe testamentum accusarit et victus sit, visum est eum pœna accusationi congruente coerceri debere, ne quis temere prosiliret ad hanc accusationem. Et pœna hæc constituta est, ut qui improbe testamentum inofficiosum dixit suo nomine et præsens victus est, id quod testamento ei datum est, perdat et id fisco vindicetur, quasi indigno ablatum: hoc in *L. Papinianus*, §. *meminisse*, *D. de inoff. test.* Quæ constitutio cum duas has res contineat, personam ejus qui pœna afficitur et pœnam; quale id utrumque esse velit paucis consideremus.

XX. Et in eo adversus quem hæc pœna est, quatuor exigimus. Primum, ut improbe inofficiosum dixerit: hoc in *d.* §. *meminisse.* Proinde si quis per errorem movit querelam, dum non existimat caussam justam subesse exheredationis, aut cum alii jure præcederent, ignorans illos vivere, se ad querelam admitti putat relictum, quanvis victus non amittet. Secundum, ut qui egit de inofficioso, in lite improba ad extremum perseverans, judicio victus sit: unde rursum colligit ibidem Ulpianus, eum qui querela mota ante sententiam destitit vel decessit, non amittere quod datum est. Tertium ut, præsente eo qui querelam instituit et caussam agente, pronuntiatum sit pro testamento: quod si eo absente secundum præsentem pronuntietur, adjicit Ulpianus eodem loco, conservandum ei quod accepit: nempe ideo, quod qui absens victus est, non victus videtur quod malam caussam haberet, quam quod abesset, nec caussam ut oportet ageret. Postremum, ut qui victus est, de inofficioso egerit suo nomine. Diversum, si qui alieno nomine agens victus sit, ut tutor pupilli, pater filii nomine, *L. adversus*, §. 1. *L. filius.* §. 1. *D. de inoff. test.* Idemque est, si quis caussam inofficiosi a decessore suo inchoatam peregerit et victus sit, *d. L. filius.* §. 1. Quibus omnibus in unum collatis, quis sit is qui superiore pœna teneatur, facile intellectu est.

XXI Adversus eum qui ita egit et victus est, sic est superior pœna, ut amittat non quidquid a testatore seu de bonis testatoris accepit, sed solum quod ei testamento datum est, *d. L. Papinianus*, §. *meminisse. de inoff. testam.* Primum quod datum est. Intelligitur autem ei datum, cujus emolumentum ad eum pertinet: datum ei, et ab eo captum quod apud eum mansurum est, *L. aliud est capere*, *D. de verb. signif.* Quapropter si quod ei legatum est rogatus sit alteri restituere, id agente eo, et victo in caussa inofficiosi, non amittetur: quia alteri datum est, nec debet ei alteri, qui nihil commisit, fieri injuria. Hoc in *d.* §. *meminisse.* in fin. Deinde quod datum est testamento. Quibus verbis duo genera acceptorum excluduntur, quanvis profecta sint a testatore. Primum, si quid victus de bonis defuncti consequatur jure, non judicio defuncti: cujusmodi est quarta debita ex constitutione Divi Pii. Finge ita. Avus maternus nepotem ex filia impuberem arrogavit, quem et emancipavit postea. Huic emancipato constitutione Divi Pii quarta debetur in bonis avi, §. *item non aliter*, *Inst. de adop.* Si proponas eundem postea præteritum testamento avi, non potest quidem is jure queri de inofficioso qui quartam habet; si tamen egerit, quia non repellebatur exceptione, et victus sit tanquam justa ex caussa testamento adscripta, eaque probata exheredatus (nam et impubes doli capax potest mortem moliri, venenum miscere) dicemus nihilominus quartam eum retinere, utpote tanquam æs alienum jure debitam, non testamento relictam: hæc sententia est *L. Papinianus*, §. *si quis impubes*, *D. de inoffic. testa.* Alterum genus superioribus verbis excluditur earum omnium donationum quæ in eum qui de inofficioso questus est, collatæ fuerint a vivo testatore, non tantum earum quæ sine ulla mortis cogitatione fiunt, quæ dicuntur inter vivos; sed etiam earum quæ propter mortis fiunt suspicionem, quæ dicuntur fieri mortis caussa: ut est de his generibus traditum *Inst. de don.* in prin. et §. *aliæ.* Quidquid istius generis donatum a vivo testatore accepit is qui de inofficioso testamento questus est, quanvis non obtinuerit, tamen id totum retinet. De iis quæ inter vivos donata sunt, minor dubitatio; cum hujusmodi donationes nec dici possint testamento relictæ, nec legatis quæ testamento dantur, comparentur, *d.* §. *aliæ*. *Inst. de donat.* De donatione caussa mortis potest dubitari; cum etsi hæ non relinquantur testamento, tamen generaliter traditum sit, eas comparari legatis, et quidem per omnia, *L. illud*, *D. de mort. cau donat. Inst. de don.* in pr. Sed tamen ne has quidem placuit auferri ei tanquam indigno, qui inofficiosum dixit, etsi victus est. *L. post legat.* §. *penult. D. de his quæ ut ind. aufer.* Quid est igitur, quod dicuntur hæ donationes per omnia legatis esse comparatæ, si quemadmodum hic legatum a victo amittitur, ita non amitti-

tur donatum caussa mortis? Nempe hoc ita intelligendum est, ut donationes pro legatis haberi debeant per omnia, in re dubia et quoties de eo genere nihil usquam aperte dictum est in legibus, quominus id pro legato accipi debeat. Non pertinet ad eas leges, quibus aperte in re aliqua donationes caussa mortis a lege communi legatorum eximuntur. Non est enim ignotum semper legem posteriorem servandam, quæ de genere aut prioribus legibus aliquid excipit. *L. ult. D. de constit. princ.* Atqui id in proposita pœna accidit. Nam quæ constitutiones ei, qui de inofficioso victus est, acceptum a defuncto auferri jubent, nominatim referuntur ad id quod testamento datum acceptumve est, *d. L. Papinianus*, §. *meminisse*, quibus verbis constat donationes caussa mortis non contineri. Dici quidem poterat propter similitudinem contineri sententia. Sed huic interpretationi locus non est in pœnis; quæ interpretatione molliendæ sunt potius quam exasperandæ, *L. penult. D. de pœn.*

XXII. Illud meminisse oportet quod initio monui, quidquid hic amittitur, non adjici heredi scripto qui vicit, (11) sed vindicari fisco tanquam indigno ablatum, *d.* §. *meminisse.* Tenendum et illud, pœnam hanc omnem constitutam esse adversus actorem quidem qui egit de inofficioso, sed eum qui non obtinuit: adversus eum qui vicit, nullam. Quo referri debet responsum Modestini in *L. etiam*, *D. de inoff. test.* cujus hæc est sententia: si ex pluribus filiis unus qui donatas quasdam res a vivo patre acceperat, aut filia una quæ acceperat dotem, cum immerito exheredati essent, de inofficioso egerint et obtinuerint, non modo eos hereditatis partem quam evicerunt habituros, sed etiam donationes in se collatas retenturos, ut nihil inde possint fratres sibi vindicare et victoribus auferre, quasi indignis liberalitate patris, qui ejus judicium supremum oppugnassent. Quippe, ut dixi, pœna hic indicta est improbe, non jure agentibus, et his victis, non vincentibus.

(11) Ex eo enim, quod quis impugnare nisus est non debet lucrum consequi *C. ex eo* 38. *de R. I. in* 6. et ut semel probatum improbare non licet, ita nec improbatum antea probare et quæstui sibi habere *L.* 4. *et ult. C. de repud. her. cum simil.* Wes. *ad tituh. C. h. t. n.* 68. Connan. 9. *Comm.* 10. *et seqq.* Duar. *h. t. C.* 15. P. Greg. 44. *Synt.* 4. *n.* 4. add. Caguol. ad *d. L.* 8. §. *meminisse* 14. *h. t.*

## CAP. XI.

De querela inofficiosæ donationis querelæ inofficiosi testamenti succidanea: seu, De inofficiosis donationibus ad similitudinem inofficiosi testamenti revocandis.

*Querelæ inofficiosæ donationis origo. Hujus cum inofficiosi testamenti querelæ conjunctæ, tractatio.* I. II.
*Tractationis summa, rerumque partitio.* III.
*Inofficiosa donatio quid sit; unde dicta; an revocetur, idque perpetuo.* IV.
*Nunquam revocatur quæ non est talis; nec si aliquo dein casu perierit bonorum pars reliqua.* V.
*Si alia donatione bonorum triens quod superaverat exhaustum, posterior sola et quidem tota revocabitur.* VI. VIII.
*Legata quæ sunt ultra dodrantem, in revocatione quid differant a multiplici donatione quæ bessem excedat.* VII.
*Donatio inofficiosa an tota revocetur, an pro parte, et qua. Nonnullorum sententia qua distinctione temperetur.* IX.
*Verior auctori Azonis sententia; Hæc cujusmodi: distinctio superioris improbatur.* X.
*Contrariis occurritur.* XI. XII. XIII.
*Donationem totam ipso jure valere, etsi inofficiosam; eatenus rescindi dumtaxat, quatenus talem.* XIV.
*Contrariis obviam itur.* XV.
*Querela donationis inofficiosæ non utimur, dum alia qualibet ad bona defuncti possum s pervenire.* XVI.
*Hæc alia, aut actio familiæ erciscundæ; aut ex persona minoris in integrum restitutio. Utraque quando locum habeat.* XVII. XVIII.
*Donationis inofficiosæ querelam actionem esse, non in personam, sed in rem: et ad vindicationem referri.* XIX. XX.
*Inofficiosæ querela donatori non competit. Neque contrarium colligitur ex* L. si totas 5. C. de Inoff. Donat. XXI. XXII.
*Ea competit liberis, parentibus, fratribus consanguineis ad eum plane modum, quo inofficiosi querela.* XXIII.
*Quin et iisdem de caussis quibus inofficiosi querela, denegatur superioribus personis.* XXIV.
*Item amittitur iisdem modis; et eadem inter plures ad hanc instituendam successoria vocatio.* XXV.
*Adversus quos instituatur; qua de re; cujus rei gratia, explicatur per summam.* XXVI.
*De dotibus inofficiosis.* XXVII.

I. Querelæ inofficiosi testamenti non solum finitima est querela inofficiosæ donationis, sed etiam re ita conjuncta, ut non possit ab illa separari. Est enim hæc querela auxilium succidaneum querelæ inofficiosi, comparatum illius confirmandæ caussa: ac sine eo plerumque prior illa elusoria fit et inutilis: quæ justissima ratio fuit istos titulos in Codice conjungendi, *De inofficioso testamento*, et *De inofficiosis donationibus.* Id adeo declarabit occasio et caussa hujus posterioris introducendæ: quam et ipsam occasionem jam a principio notam esse vel ideo maxime ad rem pertinet, quod hinc prima origo rei est, hinc initium ejus cognoscendæ primum ducitur; ubi sic tanquam ex caussa effectum ipsum colliges. Occasio hæc fuit. Cum ita jus constitutum esset, ut qui liberos habebat, aut parentes, aut fratres, si res testamento facto non pateretur sibi esse heredes, aliis institutis, juberetur his saltem relinquere legitimam portionem ex bonis, pœna hac solum indicta, ut nisi relinqueret, parata esset adversus ejus testamentum querela inofficiosi: cœpit postea huic juri fraus fieri ab iis qui omnimodo superioribus personis de suo nihil relictum vellent: et inventa est ratio qua, cum istis nihil omnino relinquerent, tamen vitarent eodem facto inofficiosi querelam. Ratio posita in donatione inter vivos, si quis in quos totum patrimonium conferre impune testamento non potest, in eos effundat inter vivos donatione. Hac donatione utrumque illud consequitur donator quod dixi. Primum ea re legitimis heredibus suis legitimam portionem quæ eorum in illis bonis futura esset,

aperte adimit. Nam qui totum aut pene totum patrimonium donavit, utique in his bonis nihil cuiquam relinquere potest, quæ habere desiit. De reliquo si quos instituat heredes, tamen cum id nihil sit, nihil his in eo relinquere possit præter nomen inane heredum, ut est in *L.* 3. *C. de inof. don.* Sed nec minus eodem facto donator querelam inofficiosi excludit, quam aut nullam relinquit jure, aut re ipsa inutilem constituit. Nam si postea liberos instituat, aperte querelam summovet, quæ non competit nisi præteritis aut exheredatis, *Inst. de inoff. testam.* in princ. Si decedit intestatus, multo magis querela excluditur, cui locus non est nisi adversus testamentum inofficiosum, ut titulus actionis indicat. Et ut forte testamentum faciat et, aliis institutis, liberos aut similes personas excludat, aperit quidem his jure querelam inofficiosi testamenti; sed ad nullam rem utilem, nisi ut rescisso testamento ab intestato heredes facti, vanum, ut dixi, et inane consequantur nomen heredum, hereditate jam ante donationibus exhausta. Et hoc est, quod tot constitutionibus legimus donationes inofficiosas instructas esse ad querelam inofficiosi excludendam, ad intervertendam, ad eludendam. Ut ista in his locis hoc ordine occurrent, *L. si mater, C. de inoff. don. L. Titia* 87. §. (1) *Imperator*, *D. de leg.* 2. *L.* 1. *C. de inoff. don.* Dicitur excludi, quæ post has donationes aut in totum removetur, aut re ipsa constituitur inutilis. Dicitur recte interverti, quæ tanquam furto et clam, ac velut aliud agendo adimitur iis, quibus eam legitima portione fraudatis dari conveniebat. Dicitur tunc maxime proprie eludi, cum donator patrimonio inofficiosa donatione exhausto, post deinde testamento facto eos qui de inofficioso queri poterant, heredes instituit. Sic enim instituendo videtur in speciem maxime his consultum velle, ac non quartam his legitimam tantum, sed totam hereditatem relinquere: re autem vera eos ludificatur, ut pote sub persona heredum nihil illis relinquens nisi nomen inane. Quæ cum omnia contra officium pietatis malitiose structa esse constaret, ad detrahendam iis quibus maxime debebatur, non solum querelam inofficiosi, sed etiam eam propter quam hæc querela introducta est, legitimam portionem: visum est faciendum esse, ut huic fraudi opportuno remedio occurreretur. Quod et factum est: cumque videretur ad satisfaciendum superioribus personis satis esse, si donatio in tantum revocaretur, quantum sufficeret legitima portione fraudatis ad eam portionem obtinendam, etiam hoc remedium adhibitum est, placuitque hactenus donationem revocari agentibus iis ad quos ea res pertinet, et constituta in eam rem (2) querela inofficiosæ donationis ad similitudinem querelæ inofficiosi. Estque id argumentum totius tituli. *C. de inofficios. donation.* Ac de his donationibus, deque querela ad eas revocandas constituta nunc agimus.

II. Sed cur hoc loco? dicet aliquis. Nam aliis locis, et his quidem remotissimis agitur ex professo de donationibus, et in eo genere de his ipsis revocandis. Et hic de donatione, et ea revocanda agitur. Cur non igitur hæc species revocationis ad suum genus refertur? Quod si placet hanc speciem ab illo genere distrahi, cur tractatur hoc loco? Nam institutus nobis sermo est de actionibus in rem recte instituendis, et in his primum de hereditatis petitione. At querela inofficiosæ donationis ut maxime in rem sit, non est tamen petitio hereditatis. Et quod de inofficiosa donatione revocanda non agitur sub Titulo generali *C. de revocandis donationibus*, mirum videri non debet. Agitur enim eo loco tantum de donationibus a donatore ipso revocandis. Hic agitur de inofficiosis, quæ revocantur solum ab aliis, et quidem maxime invito donatore. Cur ergo ab aliis? Et si caussa revocationis quæritur, ut certe ante omnia constituenda est, omnino hæc revocatio, ejusque revocationis actio ad hunc locum pertinet. Intelle-

(1) Ubi rescriptum Alex. Severi, qui primus auctor hujus querelæ: Cujac. *in nov.* 92. A. Fab. 3. *Conjec.* 17. *sub fin.* Wes. *ad h. t. C. n.* 13.

(2) Datur hæc querela non nisi heredi, vel scripto, vel ab intestato regulariter, et nunquam contra verum heredem, in quo utroque differt a priori. Exheredato tum demum datur, cum querela prior salvam legitimam præstare nequit; veluti Pater undecim uncias donavit Titio. Post in eo quod superfuit, Cajum instituit heredem, filio excluso. Hic querela prior, etsi evertat totum testamentum, nihilo tamen plus uncia una, filio tribuere poteat, quia illa sola in hereditate fuit: Devenitur igitur ad hanc. Liberis vero solis institutis, etsi evacuato antea largitionibus patrimonio, nec querela inofficiosi testamenti datur neque actio expletoria, ex *L.* 30. *C. de inoff. test.* cum legitima petatur ex bonis quæ defunctus cum decederet, reliquit *L.* 6. *C. d. tit.* Wes. *ad hoc tit. C. n.* 5. *et n.* 13.

etum jam pnto, eoque spectavit oratio superior, ut intelligeretur hanc revocationem atque hanc querelam inofficiosæ donationis comparatam esse querelæ inofficiosi testamenti confirmandæ caussa; dum id agitur, ut quod illa metu suo obtinere non poterat de portione legitima extorquenda, propter frauda ionem donationis, id per rescissionem hujus ipsius donationis consequatur, aut certe quod illi deerat per hanc querelam suppleatur. Quod si ita est, verum est illud quod initio sum præfatus, sic hanc posteriorem necessitate conjunctionis ad priorem illam affectam esse, ut ab ea divelli non possit. Scimus enim, ut sese habeant inter se res confirmata, et rei confirmatio. Intelligunt omnes has res duas maxime esse diversas; et tamen fateri cogimur sic inter se esse connexas, ut una sine altera stare non possit, et maxime confirmatio. Nam res quæ confirmatur, siquidem confirmatione indiget, sine sua confirmatione vim suam exercere non potest: confirmatio autem omnis per se inanis quædam res est: tum valet cum adjuncta est ei rei cui confirmandæ adhibetur. Quod si ex præcedentibus minus adhuc intelligitur, quod non puto, querelam inofficiosæ donationis auxilium esse illius confirmandæ caussa comparatum, id sic facile demonstrari potest. Querela inofficiosi testamenti duos hos fines disjunctim propositos habet. Unum, ut hujus querelæ metu velit testator iis personis quibus debet, saltem legitimam portionem relinquere. Alterum, ut si hoc metu non tangitur, eoque nec istis legitimam portionem tribuit, incurrat ejus testamentum in querelam inofficiosi testamenti. Quo per querelam rescisso, superiores personæ non tantum legitimam consequantur, sed etiam totam hereditatem, quantam ab intestatu obtinerent. Utrumque hunc finem intervertit his inofficiosa defuncti donatio, ut supra ostendi. Restituit priorem illum et confirmat hujus donationis revocatio, ejusque obtinendæ caussa querela. Verum est igitur hanc querelam confirmandæ prioris illius caussa esse constitutam. Quo efficitur non aliter tractari debuisse, quam ut subjiceretur superiori, cujus caussa est comparata. Hæc de occasione hujus querelæ introducendæ, deque ejus conjunctione cum superiore, itemque de ejus hoc loco tractatione De re jam videamus.

III. Summa autem hæc est: cum inofficiosæ donationes excogitatæ essent ad legitimam portionem iis quibus eam relinqui oportebat, fraudulenter adimendam, et simul querelam inofficiosi his ipsis excludendam; remedio adversus fraudem quæsito, id esse conveniens visum est, ut quoad satis esset ad eam legitimam conficiendam, revocaretur donatio: deque ea re ita jus constitutum, ut donationes inofficiosas iis qui nulla donatione facta de inofficioso queri poterant, jus sit revocare hactenus dum ex bonis donatis legitimum bonorum subsidium, seu legitimam portionem consequantur: proposita ad eam revocationem inofficiosæ donationis querela, qua utantur eodem jure, eodemque ordine, quo proposita est querela inofficiosi testamenti. Idque argumentum est, et summa Tituli *C. de inofficios. donationibus*. Hæc brevius et acervatim dicta obscuriora sunt et minus certa; omninoque in pleri que partibus animadversionis non confirmationis tantum indigent. Demus igitur operam, ut horum singula nobis distincte explicentur. Quod ita commode fiet si, r in suas partes distributa, atque his ordine expositis, sic tanquam totum ex suis partibus spectandum proponamus. Continetur autem hoc ju in summa tribus his velut partibus; re quæ revocatur; quantitate revocationis; et revocandi modo. Res quæ revocatur, est donatio inofficiosa. Quantitas revocationis ea, ut aut donatio tota revocetur, aut pro parte tantum: atque hic utrum horum fiat, et si partis tantum revocatio est, cujus partis sit quæritur. Revocandi modus, ut aut revocetur donatio ipso jure, tanquam quæ non constiterit ipsa per se quatenus inofficiosa est, aut revocetur proposita tantum ad eam rescindendam actione. In quo rursum utrum horum placeat quæritur: et si actio tantum ad eam rem proposita est, qualis sit hæc actio, quibus detur, adversus quos, qua de re, cujus rei caussa. Cum sint ergo hæ hujus juris partes, de his ordine, quid unaquæque ferat breviter dicemus.

Res, ut dixi, quæ revocatur, est inofficiosa donatio: qua revocatione non constituta, longius progredi non licet. Constituendum igitur hic jam a principio, quæ sit inofficiosa donatio, et quid valeat illud, quamquam verum sit, quod dicitur inofficiosam donationem revocari. Inofficiosa donatio est donatio inter vivos, quæ iis qui de inofficioso testamento queri poterant, nec legitimam portionem relinquit quæ futura esset in bonis donantis, si nulla donatione facta decessisset; olim quartam debitæ ab intestato portionis, hodie trientem, ut in ea parte quæ de hac legitima est, exposuimus titulo superiore. Idque ex

eo licet facile intelligere, quod omnibus rescriptis quæ sunt de his donationibus inofficiosis, hæc portio solum, tanquam quæ sola faciat donationem inofficiosam, de donatione revocatur, *L. 2. L. si totas. L. si mater. L. penult. C. de inoff. donat.* Sic dicta donatio inofficiosa, quod facta sit non ex officio pietatis: et hoc ideo, quod debitum bonorum subsidium (sic appellatur hæc legitima portio in *d. L. si totas.*) (3) adimat iis quibus omni jure pietatis id relinqui oportebat: quomodo et inofficiosum testamentum dicitur. *L. 2. L. nam etsi, D. de inoffic. testamen.* Illa autem dicitur nec quartam partem relinquere, quæ dodrantem debitæ portionis ab intestato excedit: illa nec relinquere trientem, quæ excedit bessem. Unde intelligitur illam legitimam nec inofficiosam donationem olim fuisse, quæ intra dodrantem patrimonii donati consisteret: hodie illam, quæ consistat intra bessem: atque hunc legitimum donandi modum et fuisse olim, et nunc esse. Cujusmodi habita ratione factum est, ut quæ donatio dicitur inofficiosa, quia hunc modum egreditur, eadem dicta sit immensa, immoderata, (4) immodica, *L. 2. L. 4. ult. C. de inoffic. donat.* Immensa, quia sine mensura justa. Immoderata et immodica, quia extra legitimum modum.

IV. Hujusmodi ergo donationes revocantur: sic enim de hoc genere scriptum est in *L. si mater, C. eod.* In quo duo dici animadvertendum est. Non enim tantum id dicitur, quod verba exprimunt, donationem inofficiosam revocari; sed etiam illud quod verba significant, si donatio intra legitimum modum consistens inofficiosa non sit, ex hac parte revocari non posse. Prius perpetuum non est, posterius ita verum est, ut tamen interdum de eo possit dubitari: utrumque igitur explicandum. Sciamus igitur id quod dicitur donationem inofficiosam revocari, ita temperandum esse, nisi donator tantum quæsierit postea, quantum satis sit ad quartam patrimonii donati, ut olim,

(3) Ut vero hæc excludatur, non opus est haberi legitimam titulo institutionis; *L. 6. ibi nec tantum dos, et C. h. t.* Wes. *h. t. C. n.* 58. Pone. Qui 120. in bonis habebat, 40 filiæ unicæ in dotem dedit, reliqua 80. donatione in Cajum contulit. Hic, sive filia heredis inane nomen habeat, cum nihil in hereditate sit, sive exeredata, ubi querela inofficiosi testamenti inutilis erit, hæc tamen querela non datur.

(4) *L. un. C. Th. t. h. L. 6. C. Th. de inoff. test.* Et revocatur donatio, sive inter vivos, sive mortis caussa, ut Wes. *h. tit. C. n* 6. sive in judicio, sive extra id celebrata. Et donatio quoque ob caussam, quatenus in puram donationem incidit; non vero quatenus donatario ea caussa onerosa, Wes. *d. lo. n.* 30. Sic et in ludo profuso per patrem perdita posse a filiis hac querela revocari, cum hujusmodi acquisitiones lucrativæ sint, censet, Wes. *ibid. n.* 28. add. P. Greg. 44. *Synt.* 5. Non autem sic revocantur alienata contractu oneroso, utrinque obligatorio, quamvis damnoso, quod pluribus rationibus confirmat Rauchb. post alios quos citat *P.* 1. *Q.* 43. *n.* 10. Eman. Costa *infra d. loc. n.* 23. *etc.* P. Heig. *P.* 1. *Q.* 25. *n.* 38. *et seq.* Pinel. *in L.* 1. *C. de bon. matr. P.* 7. *n.* 76. Si tamen alienatio fraudulenta, per quasi Favianam vel utilem eam actionem pro ratione legitimæ revocari, arg. *L. ult. Si quid. in fraud. pat.* probat idem Rauch. post alios *ibidem n.* 27. *e seqq* qua de re vid. Pinell. *d. loc. n.* 77. Cels. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 10. etsi Battand. *Pr. Legitimæ C.* 8. *n.* 35. hac querela immensam venditionem, quam vocat, *ex æquitate* revocari sentiat. Plane si simulata sit emtio colore contractus donati ni quæsito, pretio dicis caussa constituto, quod unquam venditor exacturus, ut *L.* 36. *de contr. em.* querelæ locus erit, A. Fab. *Cod. suo hoc tit. defin.* 6. per *L. contractus* 54. *de O. et A.* Trentacinq. *Lib.* 1. *Pract. Resol. Tit. de Legitima, Reso.* 2. *n.* 9. *et Lib.* 3. *Tit. de Donat. Resol.* 4. *n.* 7. add. Menoc. *Recup. poss. Remed.* 9. *n.* 180. Eman. Costa *ad Cap. si pater, de testam. in* 6. *P.* 3. v. *privare non possit n.* 23. *et seqq.* per *tit. Cod. Plus valere quod agitur.* Qualis habetur, si pretii acceptio non aliter quam patris confessione vel apocha probetur, Trentac. *d. n.* 9. post alios Rauchb. *d. Q.* 43. *n.* 46. Quin etsi donationis caussa, venditio facta pretio viliori; quamvis venditio communiter valeat, *L.* 38. *de contr. em.* quia tamen, quatenus in fraudem tendit donationis interdictæ, improbatur *d. L.* 38. consequens est hic quoque querelæ locum fieri, quatenus in lucrativum titulum incidit, ut si primogenito, vel uxori quis præcipua bona vendat, Wes. *ad h. t. C. n.* 29. seu quatenus pretium valore rei exceditur Rauchb. *d. Q.* 43 *n.* 42. Sed et huc refert Wes. *d. loc. n.* 9. Feuda nova empta, cum deminutione legitimæ filiarum. Quia etsi quoad patrem acquirentem titulus emptionis onerosus sit, inter patrem tamen et filios quorum gratia comparantur, mere lucrativus. Contra P. Heig. *P.* 1. *Q.* 25. *n.* 32. *et seq.* pluribus contendit. Quid si studiorum caussa facta donatio uni ex liberis, aut sumptibus studiorum, patrimonium exhaustum, Hart. Pistor. *Lib.* 1. *Q.* 19. *n.* 13. *et seqq.* statuit et hæc ita repeti, ac in communionem revocari, cum et dos inofficiosa in eadem caussa sit. Quod vix aliter admittendum, quam ubi et quatenus ex iis sumptibus filius factus locupletior, arg *not. supra C.* 4. *N.* 44. *sub fin.*

ut nunc, ad tertiam conficiendam, idque iis quibus ea portio debebatur, (5) reliquerit. Non sane quod non fuerit donatio inofficiosa, et talis non maneat: sed quia in legitimam quæ detrahitur de ea donatione, imputatur omne quod de bonis donantis ab eo accipitur: ac legitima portione accepta, cessat revocatio factæ donationis. *L. cum donationibus*, *C. de inoffic. donat.* Idcirco etsi non tantum accesserit donanti postea quantum sufficeret ad legitimam portionem implendam, tamen quantumcunque id erit quod accesserit, si relictum erit liberis similibusve personis, tantum ut de legitima, ita et de querela inofficiosæ donationis decedat.

V. Jam quod e converso significatur, si donatio inofficiosa non sit, non posse eam ex hac parte revocari, verissimum est et perpetuum, quisquis eventus id quod de bonis donatis reliquum erat donanti abstulerit. Et tamen de his juste dubites. Propone matrem patrimonii sui bessem in fratrem contulisse, ut sic triens bonorum ejus integer superesset liberis si tum mater decederet. Hanc donationem justam nec inofficiosam esse constat. Quid si casu aliquo fortuito, puta naufragio, aut incendio, quod reliquum erat bonorum perierit, ut jam liberi, si consistamus in superiore donatione, nihil sint habituri? An non æquum videtur de bonis donatis quartam ut olim, ut nunc trientem detrahi, cum id quod donatum est redierit ad eam summam, quæ si sola fuisset ab initio et donata esset, ut donata est, non constituisset donatio, eoque et rediens in eum casum a quo incipere non poterat, debeat infirmari? *argum. in L. pro parte*, *D. de servit.* et præsertim cum in hac revocatione id agatur ut consulatur liberis? quibus legitimam portionem tamquam rem sibi debitam petentibus magis favendum videtur, quam adventicio donatarii lucro, *argum.* in *L. non debet actori*, §. 1. *D. de regul. jur.* Dicemus non fieri hoc casu ut donatio ab initio recte facta possit ulla ex parte (6) revocari. Una enim revocandi caussa est liberis et similibus personis, si donatio sit inofficiosa. At ab initio non fuisse inofficiosam constitit. Quominus talis fuerit, nullus casus superveniens potest efficere. At rediit quantitas patrimonii in eum locum a quo donatio incipere non poterat. Rediit, sed eventus id quod ante recte gestum est non mutat. Nos autem qualis fuerit donatio, (7) cum facta est, quærimus. Denique constans hæc juris civilis constitutio est, nullum negotium ab initio recte et secundum leges gestum et perfectum infirmari, quantumvis ille casus exstiterit a quo incipere non poterat, §. *furiosi*. *Instit. quib. non est permiss. facere testamen.* *L. sancimus*, *C. de administ. tut.* Sane stipulationem rei alicujus corrumpi placet, si res promissa dari posse desierit, et placet non alia de caussa, quam quod stipulatio in eum casum deducta sit a quo incipere non poterat, *d. leg. pro parte*, *de serv.* §. *item contra*, *Instit. de inutil. stipul.* Sed hoc dictum de re recte quidem gesta sed non perfecta, qualis est omnis stipulatio quæ, quamvis recte interposita, tamen adhuc effectum suum, id est, præstationem desiderat:

(5) *Nov.* 92. *C.* 1: *ibid. in tantum autem, aucta quantitate* A. Fab. *Cod. suo hoc tit. de fin.* 7. Quod intellige collatis per calculum in unum et prioribus facultatibus quas per donationes vacuas fecit, et posterius acquisitis, si ex utrisque debita portio integra. Pone: Qui 600. habebat, universa ea in Titium contulit. Postea 300. acquisivit. Cessat querela, quia hæc 300. efficiunt trientem universorum 900. in unum collatorum. Quod si 200. solum acquisivit et reliquit; hæc legitimam non explent, tametsi trientem donatorum efficiant. Quia si donatio facta non fuisset, 800. reliquisset defunctus, quorum triens amplior.

(6) Conveniunt Gl. et DD. omnes in L. 1. *C. h. t.* ita sentire testans Sch. ad *d.* L. 1. *n.* 11. si casu perierit reliquum, vel vi majori. Quod superest si dilapidet pater, censet dari querelam, *ibid.* *n.* 10. quod ex profusione sequenti, conjectura fraudis sumatur.

(7) Quo distat a priori, ubi a tempore mortis bona æstimantur, *l.* 6 *de inoff. test.* Forcat. *Dial.* 115. *n.* 9. Atque ideo utilis hæc et necessaria, etsi aliquid filiis relictum sit. Nam condictione ad supplementum legitimæ, petit, id, quod deest quartæ ab intestato debitæ portionis, ex bonis quæ defunctus, cum moreretur, habuit. Hæc vero in vita celebratas donationes impugnat, petitque bona, non mortis tempore relicta, sed a vivo alienata, Wes. ad *h. t. C.* *n.* 5. Ideoque hic læsio, rebanda collatione bonorum quæ nunc adsunt, et quæ fuerunt tempore donationis. Et potest jusjurandum reo deferri, quantum acceperit: ac contra, actoris jurejurando vel inventario explicari quantum nunc sit in bonis defuncti, Wes. *d. loc.* *n.* 32. Non autem requiritur consilium fraudis, sed eventus sufficit. Nam L. 8. *C. h. t.* consilii et eventus damnosi meminit, quia ita contigerat. Reliquæ redditur ex abundanti quæ cessante idem esset, Forcat. *Dial.* 115 *num.* 8.

cujus præstationis facultate ideo necesse est stipulationem corrumpi, quia constituitur inutilis.

VI. Deinde quæro. Sit donatio superior, quæ intra legitimum modum ab initio constiterit. Quid fiet, si hic donator trientem reliquum non amiserit casu ut ante, sed rursum in alium conferendo totum donatione absumpserit? An quia totum patrimonium ab illo donationibus exhaustum constat, donatio utraque revocabitur pro portione, an sola posterior, tanquam sola inofficiosa? Et superioribus consequens est priorem nulla ex parte revocari posse, quæ et perfecta est ab initio, et non fuit inofficiosa: nec ullo eventu atque adeo ullo facto donatoris inofficiosa fieri potest, quæ ab initio non fuit. Ita hoc relinquitur, ut possit sola posterior revocari, ut quæ legitimum modum patrimonii excedens sola sit inofficiosa.

VII. Sed dubitationem hic attulit exemplum legatorum. Illud constat eumdem modum olim impositum esse legatis et donationibus inter vivos factis. Non licuit donare olim in fraudem liberorum et similium personarum ultra dodrantem patrimonii, et nunc ultra bessem non licet. Similiter nec legare licet ultra dodrantem ex lege falcidia. *L.* 1. *D. ad leg. falc.* Et tamen si testator tantum legaret testamento suo, ut legatorum summa consisteret intra dodrantem patrimonii, deinde multo post codicillis factis reliquum trientem novis fideicommissis exinanierit: placet non sola legata posteriora minui, sed et priora, omnia autem pro portione, *L. in quantitate*, §. *ult. D. ad leg. falc.* §. *ult. Instit. de leg. falcid.* Quidni igitur idem dicamus in pluribus donationibus inter vivos factis, quæ in unum contributæ totum patrimonium exhauriant, aut longe dodrantem excedant? Sed diversa caussa est plurium donationum, et plurium legatorum. Plures donationes diversis temporibus factæ plurium temporum, non unius temporis donationes sunt. Ideo et sunt diversæ donationes, quarum unaquæque ex eo tempore quo fit (8) spectatur, et ex eo aut per se valet, aut concidit. Quo fit, ut si quæ prima est, jure facta sit, hæc maneat in suo statu, nec posterioribus quæ forte legitimum donandi modum excedere cœperint, moveatur aut offendatur. At plura legata ab eodem testatore relicta, ubicunque et quandocunque relicta intelliguntur, ex quo et valere simul omnia incipiunt, nempe tempore mortis testatoris; quo primum tempore effectum habent. Unde dictum est, circa legem falcidiam in quantitate patrimonii et legatorum relictorum exquirenda tempus mortis spectari, *L. in quantitate*, in pr. *D. ad leg. falc.* Ea res facit, ut cum alia aliis vi ipsa priora non sint, non possit dici quædam prius jure perfecta esse, alia posterius non jure; sed omnia eodem jure haberi, ut si omnibus in unum collatis fiat locus legi falcidiæ, necesse sit et singula lege falcidia minui pro portione.

VIII. Sed an posterior ista donatio reliqui patrimonii tota revocabitur, quasi in totum inofficiosa, an pro parte dumtaxat: quasi in ea tunc cum facta est totum patrimonium fuerit, cujus dodrantem aut bessem licuerit donare? Dicemus totam revocari, tanquam in totum inofficiosam. Nam ut in priore donatione non fuit totum patrimonium sed pars tantum, sic nec fuit totum in posteriore quæ reliquæ partis donationem habuit. Cum autem ea pars quartam vel totam partem solam habuerit, ex qua constat nihil donari posse nisi ad intervertendam legitimam portionem: fit, ut quidquid inde donatum erit, donatio sit inofficiosa, quam propterea totam ut talem revocari posse necesse est.

IX. Cum donationem ab initio inofficiosam esse, et revocari posse constabit, sequitur natura, ut quæratur quatenus possit utrum tota, an pro parte et pro qua parte. Dixeris totam (9) revocari, quia dicitur que-

(8) Consentit Bart. ad *l.* 1. *C. h. t. n.* 5. Sich. ad *d. L.* 1. *n.* 11. Donationes, inquiens, omnes robur habent ab initio. Legata non nisi post mortem, Trentacinq. 3. *Pract. Resol. Tit. de Donat. Resolut.* §. *n.* 5. *etc.* P. Heig. *P.* 1 *Q.* 15. *n.* 5§. Contra judicatum testatur A. Fab. *Cod. Fabr. hoc tit. Defin.* 1. *et Definit.* 7. vid. Maret. *Tr. Quartar. Cap.* 10.

(9) Quæ olim sententia cujusdam anonymi, quam refert Accurs. ad. *L.* 87. § 3. *de leg.* 2 quanquam neminem eorum quorum libri extant, probasse scribit. Sed eam tamen feliciter refricuit, ac eximie firmavit Eman. Costa ad *Cap. si pater de testam. in* 6 *P.* 3. v. *privare non possit. n.* §. *et seq.* et post eum A. Fab 3. *Conjec.* 17. Nam cum in fraudem querelæ hæ donationes excogitatæ sint: remedium quo fraudi isti occurritur, ejusmodi esse convenit: ut qui illo agit, tantundem consequatur quantum si de inofficioso testamento quereretur. Atqui per hoc totum filius consequitur, vel totam portionem quæ ab intestato debetur. Ergo. Alioqui fraudis suæ fructum sentiret pater. Atque hæc querela *similis* priori dicitur *in om-*

**rela inofficiosæ donationis introducta esse legibus ad similitudinem querelæ inofficiosi, *L. ultim. C. de inofficios. donation.* Hac autem querela totum testamentum rescinditur, *L. Papinianus*, 6. *ultim. D. de inoffic. testamen.* Sed hoc nimis multis rescriptis ejusdem tituli refellitur. Quid ergo. si cum multis id ita (10) temperemus ut tota revocetur, si**

*nibus L. ult. C. h. t.* Omnesque fere leges hujus tituli comparationem istam continent. Quas sibi non refragari sed suffragari singulatim ita ostendit Faber. In *L.* 1. verba *utpote quartam etc.* non probant quod ad quartam solam agatur, sed quod agere non possit cui quarta incolumis: sicuti et in priori *supra C.* 4. *N.* 38. In *L.* 2 priori parte, quarta aliter salva, ut ad hanc subsidiariam non decurratur, vid. *infra h. C. N.* 17. Posteriore vero casu dicitur ad similitudinem inofficiosi testamenti subveniri. In *L.* 4. dicitur auxilium ad instar inofficiosi testamenti, etc. in *L.* 5. casus alius, ut *infra N.* 21. In *L.* 6. dicitur de enormitate, ad exemplum inofficiosi testamenti. Ex *L.* 7. mala DD. vulgo illatio: Quod immoderate gestum est, revocatur. Ergo quatenus modum donans excessit. Nam et recte dicimus testamentum quo liberis legitima non relicta rescindi, sed non recte; quatenus legitimam non habent. Sic venditio in qua quis immodice læsus, rescindi recte dicitur. Non recte; quatenus læsio immodica. Ca tiosa itaque ratio. Inofficiosa donatio revocatur, quia inofficiosa. Ergo tantum quatenus etc. Superest *L.* 8. in verbis *pro ratione quartæ*, quæ sola justam errori caussam præbere potest. Sed et ad hanc sic resp. Faber: Appellatio ambigua. Potest accipi quarta portionis ab intestato, potest etiam portio illa ab intestato debita quæ quarta est hereditatis, ubi quarta filii. Et sic debet; tum per verba: *ad instar inofficiosi*; tum quia legitima nunquam dicitur quarta absolute, sed cum adiecto debitæ portionis, aliove; tum quia *in præced. L.* 7. dimidium quartæ partis, necessario intelligitur totius hereditatis, quia ibi duo filii: Tum quia in *d. L.* 8. plures duobus filiis habuisse matrem arguunt verba: *in unum filium*, alias dixissent Imperatores *in fratrem*, ut *L. præced.* Et in *LL. Cod.* multa supplenda quæ ex rescripti verbis colligi nequeunt. Denique nimis clare hæc sententia probatur *L.* 87. §. 3. *de L.* 2. et confirmat *L.* 4. *in fin. C. de Contr. empt.* ubi vocula *hæc* referenda ad præcedentia omnia bona. Plane jure novo, et ex *Nov.* 92. admittit Faber post Eman Costam *supra d. loc. n.* 7. si uni ex liberis per donationem aliis liberis factam minus legitima relictum, aliquid tamen: exæquationem tantum fieri ad expletionem legitimæ. Idque ita statui consequens illi, quod statutum est in *L.* 30. *C. de inoff. test.* ut *supra Cap.* 4. *N.* 39. Attamen nec in hac specie querelæ hunc locus est, sed condictioni ex lege triennali, ut recte Costa. *d. loc. n.* 8. Quod si nihil penitus uni relictum, adhuc in totum subvertetur etiam aliis liberis facta donatio, perinde ut instituto aliquorum filiorum aliis in totum præteritis.

(10) Quæ distinctio communis, judiciis et consuetudine publica approbari dicitur, Sich. ad *L.* 1. *C. h. t. n.* 4. Covar. 1. *Var. Resol.* 19. *n.* 12. Gomez. 2. *Var. Resol.* 4. *n.* 13. Trentacinq. *Lib.* 3. *Pract. Resol. Tit. de Donat. Resol.* 4. *n* 2. Tiraquell. in *L.* 8. *C. de revoc. don. v. totum n.* 5. Fercat. *Dial.* 115. *n.* 11. Joach. Beust. ad *L.* 1. *de jurejur. n.* 153. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 43. *n.* 44. Quanquam quidam ex his inofficiosam re, et consilio extraneo factam ita demum in totum revocari, si omnia prorsus donata. Nam si aliquid relictum, ad supplementum legitimæ agi sentiunt Bart. ad *d. L.* 87. §. 3. *de leg.* 2. quem communem scholam sequi scribit Trentac. ac Beust. *d. loc.* Etsi a quibusdam jam relatis hujus membri nulla mentio fiat, plane quintuplicem variationem DD. refert et pluribus examinat Moller. *h. t. n.* 12 *et seqq.* Ipsius vero distinctionis fusius traditæ, et o erosius adstructæ summa hæc videtur. Si inofficiosa re tantum, usque ad legitimam revocatur: Sin re et consilio, sive liberorum uni, sive extraneo facta sit: tunc aut nihil relictum, sed totæ facultates in aliquem liberalitate profusa collatæ: et quia fraus non fit tantum homini sed et legi quæ prorsus inanis redditur et in totum excluditur, nec invenit in quo operetur, alienatio tota vitiatur arg. *L.* 16. *de Jure patron.* Sic accipit *L.* 87. §. 3. *de leg* 2. Aut aliquid relictum (non vile tamen nimis et ridiculum, ut ait *n.* 62. quod b nus vir arbitrabitur.) sed quod legitimam non explet; et quia non prorsus evertitur præceptum legis, nec ea excluditur in toto, sed in tanto; (ut loquitur) fraus homini fieri dicitur non legi, cum hæc utique inveniat, in quo operetur, etiam subsistente donatione. Ideoque hac querela supplementum legitimæ petitur, sic accipit *L.* 8. *seu pen. C. h. t etc.* Etsi enim, et ibi patrimonium *exhausisse* dicitur mater non ideo tamen in totum, sed aliquid relictum contendit; idque probat *n.* 51. *et seqq.* 1.° quia iidem Imperatores qui auctores *d. L.* 8. hoc sensu verbum *exhaurire* usurpant in præcedd. 2. *LL.* ubi quod superest et relictum non sufficit ad legitimam conquerentis. Nam in *L.* 6. dicuntur facultates *exhaustæ*, et tamen quæ supererant divisæ etc. In *L.* 7 mater *exhausit* patrimonium liberalitate in filium unum, et scribitur tamen, quod donationes alteri largitæ etc. Contra ait, in *d. L.* 87. § 3. Verbum *exinanisse* proprie sumitur ubi nihil relictum, tum quia tempore Alex. Severi proprietas et pura locutio magis viguit, tum quia voculæ *exinanitio* major vis et emphasis geminata ad totum absorbendum, quia vocula simplex *haurire* non eam vim habet quam vocula *inanire*. Ergo. 2.° Ratio. Quia nulla alia commoda conciliandi ratio *d.* §. .. *cum d. L.* 8 cum non possit ibi dimidia quartæ partis accipi, vid. *infra n.* 16. 3.°

modo et in extraneos collata sit donatio, et re atque consilio donantis fraudati sint liberi, aut alii ad quos querela inofficiosæ donationis pertinet? quod significari videtur in *L. penul. circa* fin. *C. de inoffic. donat.* et ita plerique accipiunt *L. Titia*, 87, §. *Imperator*. *D. de leg.* 2: ubi autem collata erit in aliquem ex liberis, aut in extraneis quidem, sed ita ut donator consilium fraudandi non habuerit, non possit revocari nisi pro parte? nam de his fere agitur in iis rescriptis ejus tituli, quæ partis tantum revocationem admittunt.

X. Sed verius est, quod Azo (11) sensit, donationem inofficiosam pro parte solum revocari: et ea parte, pro qua donatio inofficiosa est. Ea autem pars est, quæ legitimum modum excessit, quæ eadem liberis et similibus ademit legitimam portionem. In quam sententiam prope omnia rescripta ejus tituli non tantum consentire, sed etiam prope expressa esse videas. Cum matre tua, ajunt Imperatores, patrimonium suum donationibus ita exhauserit, ut legitimam portionem non habeas, *quod immoderate gestum est revocabitur*. L. si mater. *C. de inoff. donat.* Iidem: *Si filius tuus immoderatæ liberalitatis effusione patrimonium suum exhauserit*, præses provinciæ in removendis iis quæ perperam gesta sunt tibi subveniet, *L. 4. C. eod.* Hinc aliis rescriptis toties responsum, donationes inofficiosas usque ad legitimam portionem, seu pro ratione quartæ diminui ut eam incolumem habere liceat, ut *L. 2. L. si totas. L. si mater. L. si l queat, C. eod.* Neque vero hic referre putabimus donatio collata sit in filios, quasi his minus adimi oporteat, an vero in extraneos. Extranei in hac re et liberi comparantur in *L. 1. C. eod.* et merito. Non enim p rsona accipientis donationem inofficiosam facit, sed profusa liberalitas quæ legitimum modum excedit. Ne illud quidem retulerit utrum donatio eventum tantum, an etiam consilium fraudis adjunctum secum habeat. Nam et consilium fraudis habuit in *L. 4. L. si mater. L. pen.* quibus tamen in locis non nisi pro legitimæ portionis modo donationis revocatio tribuitur. Et recte in omnibus inofficiosis in quoscunque et quocumque consilio collatis hæc lex revocationis similiter servatur. Cur enim revocatur donatio inofficiosa adversus quoscunque et de quocunque animo donatoris agatur? Unam hanc ob caussam videlicet, quod sit inofficiosa et legitimam portionem iis quibus debetur non reliquat. Tolle hanc caussam; quod fit, cum legitimam portionem detractam tribueris iis ad quos ea pertinet: cessabit nimirum amplior revocatio: dicere enim solemus, caussa legis sublata, legi locum non esse, *L. quod dictum, D. de pact. L. de eo, et L.* seq. *D. de jud.* Quod si servatur adversus liberos, cur non valeat et adversus extraneos, cum ne ab extraneis quidem alia de caussa revocetur donatio quam quod sit inofficiosa: quam ipsam ob caussa revocatur et a liberis in quos collata est. Scimus enim in quibus caussis eadem ratio est, in his idem statui debere, *L. illud, D. ad leg. Aq.* Postremo quoties lex ad certum aliquem modum et quantitatem aliquid fieri permittit, si factum sit ita ut res legitimum modum excederet, generaliter placuit non totum infirmari quod gestum est, (12) reliqua valere. Servatur hoc

Quia æquitatem summam habet *d.* § 3. Quid enim iniquius, plures bene meritos filios minusculas partes consequi, uno solo dodrantem solidum retinente, et adhuc in reliquo quadrante partem faciente? 4.° Quia hæc querela priorem imitatur. Ergo ut illic solidum evincitur, si nihil relictum; si vero aliquid, actione ex letoria quod deest legitime petitur; ita et hic. (Hæc ratio quatenus infert ad petitionem supplementi, non convenit juri antiquo, cujus usus erat tempore Imperatoris Alexandri *d. l.* 87. §. 3. Itemque Diocletiani et Maximiani *d. L.* 8 Eo enim semper querela dabatur ad subversionem totius testamenti, quoties legitima non integra relicta, vid. *not. supra* *t*. 4. *n.* 10.) 5.° Quæ ratio totius, eadem partis. Quare uti donatio quæ aliquid relinquit, quia non tota inofficiosa est, sed quatenus legitimam lædit, revocatur pro modo excessus: ita quæ nihil relinquit, ceu in totum inofficiosa, solida removenda. Alias non plus puniretur parens, qui magis deliquit, filios in universum fraudare volens, quam qui minus. Ita ille. Per me vero liberum esto cuivis quid probabilius videatur amplecti. Ego aut istam Antonii Fabri relatam *N. præc d.* aut hanc, reprobata pariter et communi distinctione, quam, ut hic quidem, recte noster plane repudiat *L.* 1. *C. h. t.* et Azonis opinione, ut *N. seq.* veriorem judico. Utram vero nunc non assevero.

(11) Ita et Cujac. 5. *Obs.* 14. *et in Nov.* 92. *et* 2. *ad African. ad L.* 10. *Si quid in fraud. cred.* et Fachin. 6. *Contr.* 84 Wes. ad *h. t. C. n.* 34. *et seqq.* Hot. *Disp. de Quarta legit. C.* 5. *n.* 26. Quod ita Cujacius declarat, si liberi donationis tempore superstites. Post donationem suscepti, inquit, revocant in solidum, si in extraneos liberalitas, *l.* 8. *C. de rev. don.* si vero in alios liberos ante natos, pro modo legitimæ *L.* 5. *C. h. t.* Sed de *d. L.* 5. vid *not. infra h. C. N.* 21. de sententiæ veritate vid. *supra n.* 9. *et* 10. Nititur quoque Cujac. *d.* loco Symmachi *Lib.* 10. *Epist.* 32. sed qui recte ex eisdem nihil probat.

(12) Ratio hæc 4.° Donelli. (tertiæ satis

in usuris supra statutum modum promissis, *L. placuit, D. de usur.* servatur et in donationibus quæ legitimum modum excedentes insinuatæ actis non sint, *L. sancimus*, §. 1. *L. si quis argentum*, §. *sed in his omnibus C. de don.* An igitur dubitamus servandum esse generaliter in his ipsis donationibus inofficiosis, quæ non aliæ sunt quam quæ legitimum dodrantis aut bessis modum excesserint? præsertim cum et de his id ipsum diserte definitum legamus in *d. L. si mater, C. de inoff. don.*

XI. Sed huic sententiæ tria opponuntur. Primum *d. L. ult. C. eod.* Nam si, ut illic scriptum est, querela inofficiosæ donationis ad similitudinem querelæ inofficiosi testamenti introducta est, ut sit utriusque actionis vel una caussa vel similis existimanda, quid restat, nisi ut per hanc querelam tota donatio rescindatur? Nam per querelam inofficiosi totum testamentum rescinditur, *d. L. Papinianus*, §. *ult. D. de inoff. test.* Certe quod attinet ad heredum institutiones, ut hodie jus ex Novella Justiniani, *aut. ex caussa, C. de lib. præt. vel exher*, respondeo: quod dicitur querelam inofficiosæ donationis priori illi esse similem, sic accipiendum est, ut sit fere similis, et maxima ex parte; non etiam ut sit absolute et per omnia ac sine exceptione: alioqui non esset similis, sed eadem. Hac quidem in parte non esse similem cum tam multis rescriptis comprehensum sit, donationem inofficiosam pro ratione quartæ legitimæ tum minui, tum revocari, *d. L. 2. L. si totas. L. cum donationibus. L. si mater. L. pen. C. eod.* Quod ne in hac parte dici quis miretur, non in hac re solum hæ querelæ dissimiles sunt, sed et in aliis nonnullis, et quidem ita ut de his inter omnes conveniat: de quibus postea suis locis patebit. Nondum tamen ad objectionem tollendam satis. Nam cum donatio similiter sit inofficiosa, ut testamentum inofficiosum; cur ex hac caussa per querelam totum testamentum inofficiosum rescinditur; donatio autem inofficiosa non nisi pro parte quarta aut tertia? Neque enim ratio patitur, ut in paribus caussis diversum jus statuamus, *L. illud*, *D. ad leg. Aq.* Respondeo: hic pares caussæ non sunt ad testamenti inofficiosi, et donationis inofficiosæ solidam rescissionem, sed eæ quæ certa et propria ratione juris hanc distinctionem inducant. Nam testamentum inofficiosum liberos et similes legitimos heredes immerito exclusos privat hereditate defuncti in totum. Privat enim iis bonis quæ testator habuit cum moreretur, et quæ moriens post se reliquit: hæc autem bona, seu successio in hæc bona est hereditatis. *L. nihil aliud*, *D. de verb. sign. L. hereditas*, *D. de reg. jur.* Et ut certam in toto injuriam agnoscas, privat hereditate sua. Nam liberis tacita quadam lege naturæ debetur parentum hereditas. *L. ult. D. de bon. damna.* Nec his sublatis pietatis jure minus debetur liberorum hereditas parentibus, *L. nam etsi*, *D. de inoff. test.* Merito igitur fraudati sua hereditate totam eam petunt et evincunt scriptis heredibus qui eam non jure possidebant, a quibus evicta hereditate (cum heredes non sint simul necesse est, ut cum heredes institutione etiam totum testamentum hactenus concidat. At donatio parentis inofficiosa non privat liberos (13) hereditate parentis, aut ulla re quæ sit propria liberorum. Non hereditate, qui bona viventis donata sunt: viventis autem nulla est hereditas. *L. 1. D. de her. vel act. vend.* Non ulla re propria liberorum, aut quæ iis deberetur. Nam ea bona donata sunt, quæ erant patris, non liberorum: Sed etsi donatio inofficiosa recte dici

occurritur, *supra N.* 9) ( rne facit, ut tutiorem opinionem Molinæ ut *supra N.* 10. quam A. Fabri, ut *supra N.* 9. statuam. Tametsi si quis Fabro adhærere malit, non deesse possit quod reponat. Neque enim hic ulla lex modum præstituit donationi, aut quantitatem definivit eorum quæ donari possent; alias quatenus excederet, tanquam contra legem facta, ipso jure vitiosa esset, sicuti in simili *d. L.* 29. *d. L.* 34. § 1. Sed constitutiones Alexandri Severi primum *d. L.* 87. §. 3. *de leg.* 2. deinde aliorum Imperatorum *hoc toto tit. Cod.* fraudi parentum viam privandi legitima excogitantium occursum voluerunt.

(13) Convenit Forcat. *Dial* 115. *n.* 9. Testamentum, ait, impugnatur facilius in solidum, quia revocabile. Molinæ *h. t. n.* 4. difficilius rumpi donationem inter vivos perfectam, quam testamentum ad obitum usque pendens, sicuti et facilius amittitur legatum quam donatum. Et Wes. in *h. t. t. n.* 34. Dionys. Maret. *l. r. quaestur. C.* 10. *n.* 9. similem hanc esse querelæ inofficiosi testamenti quoad caussam, quoad tempus; quoad mores: *L. ult. Cod. h. t.* non autem, quoad effectum. Rationem differentiæ reddit: In testamento inofficioso duplex, peccatum patris 1.° Contra officium paternum, hoc commune inofficiosæ donationi. 2.° Contra formam et solemnitatem testamento præscriptam. Male hoc, quia peccatum hujusmodi ipso jure inane reddit testamentum. Et quod non ita revocationi obnoxia donatio verum est ratione ipsius donantis. Hic vero non a donatore, sed contra ipsius voluntatem fit rescissio.

posset privare liberos hereditate parentis propter spem successionis: tamen ne sic quidem mortuo patre liberi petere possent hereditatem a donatario, ut per eam totius patrimonii petitionem rescinderent totam donationem. Nam petitio hereditatis datur solum adversus eum, qui hereditatem aut quid heditarium possidet pro herede prove possessore, *L. regulariter D. de her. pet.* Qui autem bona donationis caussa accepit, neque hereditatem aut quid hereditarium possidet, nec si possideret, possidet pro herede, sed (14) privato titulo pro donato, et eo justissimo. Nihil habent igitur liberi in donatione patris inofficiosa cur quidquam inde tanquam jure hereditatis sibi ademptæ possint a donatario avocare. Quod si ita est, omnino hoc eis relinquitur ut, aut inde nihil, aut certe legitimam portionem sibi ademptam querentes hanc solam singulari actione possint petere.

XII. Secundo loco obstat *L. si libertus*, in princ. *D. de jur. patr.* ubi ita scriptum est, si libertus minorem se centenario in fraudem legis fecerit, ipso jure non valere id quod factum est, neque id solum, sed in totum alienationem nullius esse momenti, ac non pro ea parte tantum per quam libertus minore centenario factus est. Sic olim jus erat. Si libertus minor esset centenario, id est, ut interpretatur Justinianus in §. *sed nostra*, *Instit. de sucess. liber.* si minus centum aureis haberet in bonis, siquidem liberos haberet quos non exheredasset; licebat ei testamento facto aliis heredibus institutis patrono nihil relinquere, ut nihilominus secure testaretur. Quod si centenario major esset, et pauciores quam tres liberos haberet, jubebatur lege Papia virilem partem bonorum relinquere patrono, quæ ei ab intestato quoque eadem lege debebatur: idest uno filio relicto dimidiam, duobus relictis tertiam: hæc in §. 1. §. *prodesse*, §. *postea*, *Instit. de success. liber.* Finge ergo ita. Libertus, cum centum et quinquaginta in bonis haberet et haberet unum filium, dum legis Papiæ non ignarus providet ut sibi per eum liceret totum relinquere filio, nihil patrono, ita se instituit in fraudem legis, ut filio emancipato centum aureos donaret inter vivos, quibus donatis inciperet multo minus habere in bonis quam centum. Sic deinde quasi præcepto legis non teneretur, utpote minor centenario factus, filium in reliquo patrimonio heredem instituit, præterito patrono. In hac specie superioris loci hæc sententia est. alienationem istorum centum aureorum quos diximus in fraudem legis donatos ad excludendum patronum, non ad quinquaginta unum aureos tantum. quibus alienatis libertus factus est centenario minor, sed in totum omnium nullius momenti esse, ut explicatur disertius in *ead. L. si libertus*. §. 1. vers. *si quis plures*. Ita in summa superioribus verbis hoc dicitur, donationem in ea specie in fraudem legis factam in totum non valere; ut totis illis centum aureis in hereditatem revocatis, patronus ad centum et quinquaginta aureorum hereditatem admittatur. Hoc patrono si tribuitur in bonis liberti in fraudem legis donantis; quanto magis adversus donationem inofficiosam patris tribuendum videtur liberis, ut et hic tota donatio revocetur? nam et ipsa donatio inofficiosa fit in fraudem juris de querela inofficiosi constituti: unde dicitur pertinere ad eam querelam eludendam, et excludendam. *L. 1. si mater*, *C. de inoffic. don.* Sed non recte hæc comparantur: non quod et donatio illa liberti superior et donatio inofficiosa, non sint ambæ in fraudem legis, sed quia sunt in fraudem legis aliter, atque aliter; illa in (15) totum, hæc pro parte: unde et infringendæ alienationis modus. Libertus, qui donando se minorem facit centenario, facit omni ex parte in fraudem legis, et ut est in *d. L. si libertus*, § 1. facit, ut in totum præceptum legis evertat. Consequitur enim hoc modo, ne non dico hanc aut illam partem, sed ne quid in totum cogatur relinquere patrono. Recte dicitur in hoc genere, quæ donatio aut alienatio in totum in fraudem legis est ita, ut nihil

(14) Ad hoc responsio facilis ex iis quæ ipse Donellus tradit *supra C.* 3. *et quæ infra C. N.* 20. Sicuti in querela inofficiosi testamenti, re ad caussam intestati reducta, fit ut heres scriptus jam ab initio nunquam heres fuisse intelligatur; ita hic donatione rescissa, non quidem petitio hereditatis, sed rei vindicatio tenet contra possidentem, ac si titulum nullum haberet.

(15) Wes. in *h. t. C. n.* 35. Atqui illa donatio semper in totum revocatur ipso jure, sive in fraudem legis facta, quando rata manente alienatione, nihil prorsus haberet patronus per Favianam actionem: sive in fraudem patroni, quando, ea rata manente, aliquid habiturus, sed minus. Jam vero filius in portione quam lex ei tribuit, non debet esse deterioris conditionis quam patronus. Et imo nihilo secius in fraudem legis fit donatio inofficiosa ea, quæ nullo relicto, legem de legitima relinquenda in totum eludit.

relinquat ex iis quæ lex voluit, eam quoque in totum infirmari. Sed non ideo hæc sententia ad eas donationes pertinet quæ pro parte in fraudem legis fiunt dumtaxat; ejusmodi est inofficiosa donatio. Esto enim, donet quis totum patrimonium ne quid inde ad heredes legitimos redeat, non tamen hic fit quidquam in fraudem legis, nisi quatenus donatio dodrantem olim, nunc bessem excedit: non intra illum modum olim donare licuit, intra hunc hodie licet. Quod si licet, et hactenus nihil fit in fraudem legis, absurdum fit donationem pro ea parte revocari, cujus revocandæ non alia caussa sit quam quod in fraudem legis facta dicatur; quæ et distinctio satis indicatur in *d. L. si libertus*, §. 1. *de jur. patronat.*

XIII. Postremo obstat *L. Titia*, 87. §. *Imperator*, *D. de legat.* 2. ubi refertur Alexandri rescriptum, in quo de hac ipsa donatione inofficiosa ita rescribit, ut dicat rationem deposcere, id quod donatum est, pro dimidia parte revocari. Et recte sentiunt apud Accursium in glossa ejus loci, qui dimidiam interpretantur, non dimidiam totius hereditatis, sed dimidiam ejus quod illicite donatum est, vel ut hoc apertius explicatur in eadem specie in *L. si mater*, *C. de inoff. don.* dimidium (16) quartæ partis quod ad excludendam inofficiosi testamenti querelam adversus agentem sufficeret. Utrobique eadem species, nisi quod in *L. si mater* proponuntur duo filii, quorum in unum mater patrimonium suum totum contulit; in *d.* §. *Imperator*, proponitur filius unus matris, et ex altero filio demortuo unus nepos, in quem avia totum patrimonium effudit. Sed hoc idem valet. Nam utrobique donatio confertur in unum ex liberis, utrobique filius unus est qui fraudatur, et is qui ab intestato dimidiam hereditatis pariter obtineret, tam adversus fratrem, quam adversus nepotes ex fratre. Quare si fraudato filio adversus fratrem tribuitur tantum quartæ legitimæ dimidium, ut est in *d. L. si mater*, omnino et in filio fraudato adversus nepotes ex altero fratre idem faciendum esse intelligendum est in *d.* §. *Imperator*, ut qui aliter eum locum interpretantur, satis aperte refellantur, *d. L. si mater.* Rata sit igitur hæc sententia, ex inofficiosa donatione nihil amplius revocari quam quod ad portionem legitimam liberis et similibus personis obtinendam explendamve sufficit, quæ portio foret, si tum cum donatio facta est, donator decessisset.

XIV. Constituta donationis inofficiosæ revocatione et ejus revocationis quantitate, restat ut quæratur de revocandi modo. In quo hoc primum statuatur donationem, licet inofficiosam, tamen ipso jure valere et suis viribus niti, ut est in *L.* 2. *C. de inoff. donat.* Et merito; is enim donavit qui dominus erat. Nihil æquius, quam voluntatem domini rem suam ad alium transferre volentis ratam haberi. §. *per traditionem*, *Instit. de rer. divis.* Eo fit ut non revocentur hic donata, etiam quatenus donatio inofficiosa est, quasi hactenus donatio non valeat ipso jure: sed cum ipso jure donatio tota valeat, eatenus solum actione ad eam rem proposita rescindatur, *L. ult. C. de inoff. don.* Et ideo dicitur hic, quod ilicite gestum est, seu pars legitima ex donatione revocari, *L. si mater*, *C. eod. L. Titia*, 87. §. *Imperator*. *D. de leg.* 2. Proprie autem non revocatur alienatio quæ nulla est. Idem significat, quod dicitur quod hic inofficiose donatum est, ex donatione detractum ad patrimonium (17) reverti. *L. si totas*, *C. de*

(16) Ita cum Azone in *Summa C. h. t. n.* 4. Cujac. in *Nov.* 92. *et* 5. *Obs.* 14. Forcat. *Dial.* 115. *n.* 7. Wes. in *h. t. C. n.* 35. Fachin. 6. *Contr.* 84. *in fin.* Quæ non apertissima, et verissima conciliatio est, ut vocant Cujacius et Fachineus, sed mera et intoleranda contorsio, qua vix imperito tyroni satisfacere possit, ut A. Fab. 3. *Conject.* 17. *in fin.* Quam apertissime et verissime, refellit Molin. *h. t. n.* 34. *et seqq.* 1.° quia ibi relatio partis, et quidem certæ ac definitæ dimidiæ expresse fit *ad id quod donatum est.* Ergo necesse est sit dimidia ejus, quod donatum est: alias verba violamus, et corrumpimus, non interpretamur. Solida itaque donatio pro virili conquerentis parte revocatur: 2.° idem probat *d. L.* 87. §. *sequens ult.* ibi: *ea quæ donata sunt revocari*, scilicet universa. Quare quod *d.* §. de media parte dicitur, non restringit revocationem quæ mero jure est totius donationis, sed ejus effectum; quia, cum et donatarius æque heres sit ex semisse, uti alter inofficioso conquerens: etsi donatio in totum vitiosa sit, partem tamen ejus dimidiam hereditario jure retinet.

(17) Immo vocula *reverti* contrarium probat, per *L.* 8. *C. de revoc. don.* junctis iis quæ ipse Donellus ad eam legem, vid. *ibid. not. N.* 10. *et* 11. Et recte ipso jure, quoties in fraudem legis pariter et hominis facta, cum totæ facultates vacuæ factæ: ut *d. L.* 5. *et d.* 87. §. 3. per rescissionem vero, quoties in fraudem hominis tantum, ut eadem sit in liberis distintio hic, quæ in patrono traditur *L.* 16. *de jure patron.* Nec obstat quod revocari dicitur *d.* §. 3. Nam et revocatur in specie *L.* 8. ut atguit titulus sub quo Lex posita, scilicet ratione possessionis translatæ, et quatenus de facto processit.

*inoff. don.* Non revertitur proprie, nisi quia ex patrimonio per donationem exierat: nec exierat nisi quia jure constiterat donatio qua et dominium translatum fuerat.

XV. Videamus tamen, ne non ita constitui debuerit. Diximus enim donationem inofficiosam fieri in fraudem legis, cum instructa sit ad eludendam querelam inofficiosi testamenti legibus constitutam. Atqui de his quæ in fraudem legis fiunt, ita jus est ut placeat ipso jure non valere, atque adeo pro infectis haberi, *L. non dubium*, *C. de legib.* Respondebimus hic, quod Ulpianus in his quæ a liberto in fraudem patroni donando alienata sunt, significat in *L. si libertus*, §. 1. *D. de jur. patr.* cum quid alienatur in fraudem legis, si quidem fit alienatio omni ex parte in fraudem legis, seu ita, ut legis præceptum in totum evertatur, veluti cum libertus alienando facit se minorem centenario, ne quid omnino ad patronum ex suis bonis redeat, eam demum alienationem proprie dici in fraudem legis fieri, et totam atque ipso jure non valere: sin ita est alienatio, ut ex parte lex servetur, pro parte contra legis sententiam adimatur quid iis quibus lex consultum voluit, veluti cum libertus alienatione facta nihilominus centenarius est, et partem patrono debitam minuere cogitat, magis esse ut non videatur alienatio in fraudem legis facta, sed tantum personæ cui lege consulebatur, puta patroni. At hoc posterius in donatione inofficiosa accidit: quæ non facit, quo minus donatori iidem heredes sint qui sine donatione futuri erant; sed qui erunt, ut ne tantum percipiant quantum donatione non facta essent omni jure habituri, puta portionem saltem legitimam: ubi donatio pro hac parte in fraudem legis fiat, in reliquum lege permittente. Neque vero parum interest utrum dicamus donationem inofficiosam, qua parte inofficiosa est, ipso jure non valere; an cum valeat, rescindi proposita ad eam rem actione. Nam si fingamus pro ea parte non valere, neque pro ea parte dominium recessit a donatore; quam ob caussam et semper hactenus res suas vindicare potest, neque quidquam transiit in accipientem quod possit jure donationis apud eum subsistere. Quorum utrumque contra accidit, cum placet jure valere ab initio, sed instituta adversus eam legitima actione rescindi. Sic enim res donatæ in totum desierunt esse donatoris, quas ipse neque actione in rem vindicare possit, neque actione in personam repetere. Donatarii autem sic efficiuntur, ut quandoque atque adeo multis casibus apud eum maneant. Quæ namque actio adversus eum ad rescindendam eam donationem proposita est, certas conditiones habet quæ non semper exsistunt, sed et cum competierit, multis modis amittitur: de quibus dicetur cum quæremus quibus competat.

XVI. Postquam ergo donatio inofficiosa jure ab initio in totum consistit, et non nisi actione ad eam rem proposita ad modum legitimæ portionis rescinditur, ante omnia quæ sit ea actio constituendum est, sic deinde cujusmodi sit quærendum. Nam ex genere actionis de rebus ei actioni attributis judicium faciendum est: cum neque iisdem conditionibus omnes dentur, neque iisdem, aut adversus eosdem, deque iisdem rebus competant. Et de ea actione ita scriptum est in *L. ult. C. de inoff. donat.* immodicarum donationum (quas inofficiosas dicimus) querelam legibus esse introductam: sed adjicitur: *ad similitudinem* querelæ *inofficiosi testamenti.* Qua adjectione statim de genere ipso actionis hoc admonemur, si qua alia actio sit ad eam revocationem, hac utendum, neque tum querelæ locum esse: huic tunc locum dari, cum omnis alia actio et omne auxilium deficit. Hoc enim ita jus est de querela inofficiosi testamenti: ut ei locus non sit, si quo alio jure ad defuncti bona veniri possit, §. *tam autem*, *Inst. de inoff. testam.* Quod et ipsum in querela inofficiosæ donationis servandum esse declaratur in *L.* 2. *L.* 4. *C. de inoff. don.*

XVII. Aliæ autem actiones ad eam revocationem duæ esse possunt: actio familiæ erciscundæ, et in integrum restitutio ex persona donatoris. Actio familiæ erciscundæ ad eam revocationem valet, cum ex duobus filiis quos pater habebat, in unum quem habebat in potestate totum patrimonium suum contulit, sic deinde intestatus decessit. Idque accidit hoc modo. Nam donatio a patre in filiumfamilias collata, ipso jure nulla est, *L.* 1. §. 1. *D. pro don.* Ita fit, ut judicio familiæ erciscundæ inter istos fratres tanquam legitimos heredes quandoque suscepto, hæc ipsa bona quæ donata fuerant, tanquam quæ in bonis manserint eoque et in hereditate ejus inveniantur, inter fratres comunia dividi debeant: neque enim donatio morte patris confirmatur, ut suo loco docuimus, *L. si donatione*, *C. de coll.* Idque ita faciendum est, si pater donator aliter bona sua inter filios non divisit. Quod si divisit ita, ut conferret quidem totum patrimonium suum in unum ex filiis, sed

ea lege, ut is fratri suo certam summam dependeret: judex qui de divisione cognoscit, debet in eo sequi judicium et divisionem patris. *L. si filia*, *§. si pater*, *D. fam. erc.* Sed sequi hactenus, ut ei filio cui donatum non est, legitimam portionem præstet incolumem, ut est in (18) *d. L.* 2. *C. de. inoff donat.* scilicet quia judicium bonæ fidei est, *§. actionis autem*, *Inst. de act.* Quo in genere judicis est omnia æstimare et prestari jubere, quæ alteri litigatori ab altero ex bono et æquo præstanda sunt, *§. in bonæ. Inst. eod.* Nihil autem magis debetur præstandumve est liberis ex bonis defuncti, quam legitima portio. Ea vero incolumi ita illi præstita, apparet quod dixi, eam illum consequi familiæ erciscundæ.

XVIII. Restitutioni in integrum ad eamdem revocationem inofficiosæ donationis locus est, cum minor viginti quinque annis donavit ita, ut ipso jure valeret donatio; sed ipse in integrum restitui potuit adversus donationem aut in totum aut, quod hujus loci proprium est, ad legitimam usque portionem liberis aut parentibus debitam. Sic valere potuit donatio, si minor curatorem non habens donavit; aut habens donavit curatore auctore, *L.* 3. *C. de in integr restit. minor.* si modo et donavit res mobiles: nam immobiles nullo modo alienari possunt sine decreto. *L.* 1. *D. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt.* In qua donatione hæc non intervenerunt, ea ipso jure nulla est. Adversus quam ideo auxilium in integrum restitutionis non est necessarium. *L. ult. C. si adv. don.* Ut autem constiterit jure donatio, tamen minor donator in integrum restitui potest, alias in totum; quod fit si sine justa caussa donavit: sic enim læsus est hoc ipso, quod suum quod habebat, amisit: *L. non omnia*, *D. de m nor.* alias pro parte; quod fit si ex caussa donavit, ut si donavit sponsæ propter nuptias, sorori, ut maritum ampliorem nancisceretur: sed congruentem moderationem donando excessit. Nam tum quod intra modum constitit, non revocatur beneficio ætatis: quod excessit, habet in integrum restitutionem, ut declaratur in *L.* 1. *C. si adv. don.* Tunc autem vere dixerimus supra hunc modum donatum fuisse, cum minor legitimis heredibus quibus pie debebat, puta matri, nec legitimam portionem integram reliquit. Ita etiam ad hanc quoque quantitatem in integrum restitui potest quanvis cætera omni jure consistant. Hæc in integrum restitutio utroque isto casu donatori competens, etiam mortuo eo ad heredes ejus quosqunque transfertur. *L. non solum*, *D. de restit. in integr.* Proinde si huic donatori intestato mortuo heres exstiterit mater, ea etiam superiore restitutione ad rescindendam inofficiosam donationem utetur ad eum modum, ad quem filium donatorem restitui posse diximus: quæ rursum sententia est *d. L.* 4. *C. de inoff. don.*

XIX. Si neutra harum actionum ad revocandam ex inofficiosa donatione legitimam portionem; tum locum habet querela inofficiosæ donationis. Sed hac posita, nondum actionis genus tenemus. Nam si querela est ejusmodi qua quid judicio repetitur, querela (19) actio est, et ita etiam nominatur in *d. L. ult. C. eod.* Si actio, aut in rem est aut in personam, tot enim sunt actionum genera, *§.* 1. *Institut. de actionib.* Neque vero parum interest utrum horum esse dicamus querelam inofficiosæ donationis, cum actiones neque ex iisdem caussis nascantur, neque habeant easdem conditiones, neque iisdem aut adversus eosdem competant. Videndum igitur, utrum horum esse velimus hanc querelam. Et de eo nihil usquam aperte traditum legimus in libris nostris: sed ratione juris non admodum obscura colligitur. Nam si non est in personam, haud dubie in rem esse ex superiore actionum divisone efficitur. Atqui non esse in personam, caussæ actionis in personam satis indicant, quæ omnes ejusmodi sunt, ut ex nulla earum possit hæc querela competere. Omnis actio in personam ex obligatione est: est enim adversus eum qui est nobis obligatus, *L. actionem*, *D. de obligation. et action.* Proinde ex una aliqua

(18) Convenit A. Fab 3. *Conject.* 17. In *d. L.* 2. priori membro donatio cum nulla fit, nec rescindi potest. Ideo autem, ait, sola quarta filio incolumis, quia cum universorum bonorum uni filio facta donatio videatur su remi judicii ordinatio: arg. *d. L.* 20 §. 3. officio arbitri Familiæ erciscundæ incumbit, ut a patris voluntate quam minimum recedatur, *L.* 16. *C. Fam. erc.*

(19) *L. un. C. de inoff. dote*, Wes. ad *h. t. C. n.* 2. et 3. *seqq.* scribens esse actionem civilem revocatoriam, et iden subsidiariam et realem, aut saltem in rem scriptam Sich. ad *L.* 1. *C. h. t. n.* 6. vocat hanc præparatoriam rei vindicationi, eo quod tollat titulum donatarii; quo sublato, res deinde vindicetur. Sed id inde Sich. quia et querelam inofficiosi testamenti præparatoriam statuit, ut notavi *supra C.* 3. *N.* 2.

rarum caussarum ex quibus obligatio oritur, contractu, quasi contractu, maleficio, quasi maleficio: idque ita esse ostenditur in *d.* §. 1. *Instit. de actionib.* Jam vero nulla harum esse dici potest, ex qua hæc querela competa. Competit enim, ut postea dicemus, non donatori qui solus diei potest aliquid negotii cum donatario gessisse: sed liberis, parentibus, ad quos injuria donationis et querelæ inofficiosi exclusæ pertinet. Num ergo his querela ex contractu competit? At hi cum donatario nihil non dico contraxerunt, sed nec gesserunt: quinimmo his etiam aut absentibus aut invitis res gesta est. An ex quasi contractu? At multo minus in hac donatione negotium eorum gestum est, cum res sit adversus eos constituta, et negotium gestum de re donatoris, proinde aliena. An ergo ex maleficio aut quasi maleficio donatarii? Dici hoc posset, si non aliter competeret querela inofficiosæ donationis, quam si donatio facta esset dolo malo et consilio fraudandorum heredum, donatarius autem fraudis et doli particeps. Nunc autem ita constituta est, ut nihil referat qua mente supra dodrantem aut bessem patrimonii a donatore donatum sit et a donatario acceptum. Solum enim inofficiosa et immodica donatio hic quæritur, quam et rescindi ut talem placet, etiamsi donator multo plus se habere in bonis putarit, quam habebat, et donatarius idem etiam existimaverit. Quibus ita effectis, nemo dicet ullam fraudem aut culpam in donatario hærere. Quare remotis in proposito iis caussis, ex quibus esse possit adversus donatarium actio in personam, etiam hæc actio adversus eum removetur.

XX. Qua remota, relinquitur omnino genus alterum quod huic querelæ tribuatur, ut in rem actionem esse dicamus. Idque etiam ita esse licet intelligere ex eo, quod introducta esse dicitur ad similitudinem querelæ inofficiosi. Nam et querela inofficiosi est in rem actio: est enim petitio hereditatis, ut supra ostendimus. Sit igitur et querela inofficiosæ donationis similiter in rem, ut quemadmodum illa rescisso testamento hereditatem vindicat: sic hæc rescissa donatione quatenus inofficiosa est, vindicet id quod de inofficiosa donatione detrahitur. Erit ergo hæc in rem actio, aut petitio hereditatis, aut rerum singularum petitio quæ dicitur rei vindicatio. Utrum igitur? Sed petitio hereditatis hic esse (20) non potest. Nam, ut ante dixi, revocantur hic ea bona donatoris, quæ cum a vivente donata essent, non fuerunt ejus, cum moritur: ut proinde in his nullo modo dici possit revocari, petive ad revocationem hereditas; cum non sit hereditas, nisi earum rerum quæ defuncti fuerunt tempore mortis, *L. nihil aliud, D. de pet. hered. L. hereditas, D. de regu. jur.* Sed et hac querela non totum patrimonium petitur, ut fit cum petitur hereditas, sed solum pars rerum donatarum. Adde, quod adversus eum qui titulo singulari quid possidet, ut pro donato, non autem possidet pro herede, petitio hereditatis non datur, *L. regulariter, D. de hered. pet.* Ita fit, ut ex actionibus in rem non alia hic esse possit, quam actio in rem singularum rerum et quæ uno verbo dicitur rei vindicatio, querelam præcedentem, et eamdem tamen adjunctam habens, qua de singulis rebus donatis quarta ut olim, ut nunc tertia portio legitima revocatur. Dicet aliquis: at in rem actio seu vindicatio non datur nisi domino, *L. in rem, D. de rei vindic.* Quibus autem donatione injuria facta est, et quibus ideo querela inofficiosæ donationis competit, domini non sunt. Res enim donatæ fuerunt donatoris. Ab eo translatæ in accipientem, ejus propriæ factæ sunt, §. *per traditionem, Institut. de rerum divis.* Neque porro ejusdem rei duo domini esse possunt in solidum, *L. 5. §. ultim. D. commod.* Quomodo igitur istis ad res donatas pro parte revocandas in rem actio? Quia qui prius jure donationum communi domini non erant, ii legibus quibus querela inofficiosæ donationis proposita est, fiunt domini sub conditione, si querelam instituerint et in ea obtinuerint. Quemadmodum enim testamento inofficioso facto, veteribus legibus testamentum valet; querela autem inofficiosi proposita, si de inofficioso actum sit et pronuntiatum, rescinditur testamentum, et proinde habetur quasi factum non esset: *L. Papinianus, §. ultim. D. de inoffic. testam.* sic inofficiosa donatio, quæ per se valuerat, perlata inofficiosæ donationis que-

(20) Wes. *h. t. C. n.* 13. Hæc querela, ait, inducta, non ut titulos juris hereditarii, ceu male quidam; sed legalis et ab hereditate separatus, impugnans titulum non hereditatis, sed contractus. Quin hoc ipsum quod hæc etiam liberis heredibus datur *L.* 3. *C. h. t.* probat hunc non esse titulum successionis, alias tenerentur ratam habere donationem, quia heres factum defuncti præstat, *ibid. n.* 17. Non etiam, ait idem *n.* 20. jus hoc ex contractu, ut male Bartolus, sed ex lege contra jus contractus.

rela, rescinditur, ut nec videatur ab initio donatum esse quod donatum est. Nam hæc querela ad illius similitudinem introducta, eamdem vim et potestatem habeat necesse est. Jam vero si donatæ res non essent a patre, filius mansisset dominus per successionem. Et hoc est, quod in *L. si totas*, *C. de inofficios. donat.* dicitur id quod de inofficiosa donatione detrahitur, ad patrimonium patris reverti, ut liberi inde debitum bonorum subsidium consequantur. Detrahitur ergo primum donatario: deinde redit ad vetus patrimonium: sic denique id ipsum adjicitur liberis, ut hoc modo legitimam portionem quam quærunt consequantur.

XXI. Cognito genere actionis ad revocandam inofficiosam donationem constitutæ, deinceps cujusmodi sit actio breviter dicemus: id est quibus competat, adversus quos, qua de re, et cujus rei gratia. Ac primum quibus competat videamus. In hoc primum diligenter nobis constituendum est adversus vulgarem errorem, nunquam querelam ullamve aliam actionem revocandæ inofficiosæ donationis nomine competere ipsi donatori: sive is pater est qui læsit liberos immoderata donatione; sive filius qui parentes. Cujus rei argumenta hæc sunt. Primum certi juris definitio est, donationes recte perfectas non posse a donatore ex pœnitentia, aut ullius erroris prætextu revocari, *L. cum ancillam. L. si repetendi, C. de cond. ob caus. dat.* Merito: quoniam quacunque actione is donata repetat, semper ei sua voluntas obstatura est, qui ab initio ita dedit, ne unquam repeteret: hoc enim proprium donationis. *L. 1. D. de donation.* At donatio quantumvis immensa et inofficiosa, voluntate donantis ejusdemque domini statim perficitur: unde et dicitur statim suis viribus niti, nec ullo alieno adminiculo indigere, in *L. 2. C. de inoffic. donat.* Hanc igitur ita perfectam donator revocare non potest. Jam vero demus donationem aliquando a donatore revocari posse, ut sane potest; ex quo illud in *§. aliæ, Institut. de donation.* semel perfectas non posse revocari temere: at certe constat non posse, nisi justa caussa legibus cognita. Atqui nulla omnino ex his donatori caussa est ad donationem inofficiosam, ob id solum quod inofficiosa sit, revocandam. Omnis revocandæ donationis caussa genere triplex est, aut ingratitudo donatarii, et ea non quælibet, sed quæ admissa sit iis rebus quæ ad eam ingratitudinem revocatione plectendam legibus definitæ sunt; de quibus in *L. ultim. C. de revoc. donation.* aut liberi donatori postea suscepti, de quo in *L. si unquam, C. eod.* aut vitium ipsum inofficiosæ donationis. Priora duo genera caussarum ad eam revocationem de qua agimus nihil pertinent, nec donatori ad querelam inofficiosæ donationis quidquam prosunt. Illæ enim caussæ nascuntur donatori postea. Donatio inofficiosa vitium præsens in se continet, et qui ut inofficiosam arguit, hac sola ad revocandum caussa utitur. Videamus ergo, num possit donator donationem inofficiosam revocare solum ideo quia sit inofficiosa. Minime vero hac de caussa potest. Aut enim revocabit suo nomine et ex persona sua, aut nomine liberorum parentumve, quos donatione bonis suis exclusit. Non utique poterit ex persona sua et suo nomine: non enim donatio adversus eum inofficiosa est. Sed nec ipse ullam fraudem aut injuriam in ea donatione patitur. Donavit sua sciens et volens. Non fraudantur qui sciunt et consentiunt, *L. nemo videtur, D. de regul. jur.* Multo minus ex persona liberorum parentumve revocare donationem illi concedendum est. Ipsorum enim injuria est, quam persequentur ipsi si volent: si nolunt, nulla querela est ne patri quidem, *L. Papinianus*, in princip. *D. de inoff. testam.* Quid, quod querela inofficiosæ donationis etiam liberis et parentibus nunquam competit vivo donatore, sed eo aut testato aut intestato mortuo? *L. 3. C. de inoff. donat.* Absurdum sit igitur eam exerceri a donatore nomine eorum quibus, etiam si velint, nondum illa competit. Quare cum donatio quævis sine justa caussa legibus definita revocari non possit; omnis autem ea caussa adempta sit ei donatori qui donationem inofficiosam a se factam tanquam talem revocet: omnino ea a donatore, ob id solum quod inofficiosa sit, ulla actione revocari non potest. Postremo inofficiosæ donationis querela ad similitudinem querelæ inofficiosi introducta est, et quidem hujus veluti supplendæ caussa, *L. ultim. L. 2, L. si totas, L. si mater. L. penult. C. de inoff. donat.* Plusquam autem certum est, querelam inofficiosi non competere ipsi testatori, sed iis qui testamento inofficioso contra officium pietatis læsi sunt. Quare ne querela quidem inofficiosæ donationis ipsi qui contra officium donavit competet.

XXII. Sed moventur vulgo contra verbis *L. si totas, C. eod.* ubi ita scriptum est: portionem legitimam quam non ingratis liberis relinqui necesse est, ex factis dona-

tionibus inofficiosis detractam ad patrimonium donantis reverti, ut filii vel nepotes postea consequantur debitum bonorum subsidium, ex quocunque legitimo matrimonio nati sunt. Quomodo donatum ad eam quantitatem reverti ad patrimonium donantis potest, nisi vivo donante? nam mortuus, quia non est, patrimonium habere dici non potest. Et quomodo redire potest ad patrimonium viventis, nisi ipso (21) agente et patrimonii sui caussam procurante? Et ego fateor proprie hoc ita recte dici. Sed locus indicat id ita esse interpretandum, ut quod ex donatione detrahitur, revertatur ad patrimonium donantis mortuo donatore. Adjicitur enim ratio, ut liberi debitum bonorum subsidium consequantur. An ergo ut consequantur vivo patre donatore? Minime. Neque enim huic subsidio prius locus est, quam decesserit is cujus de hereditate agitur, cum hoc subsidium fuerit olim quarta legitima, hæc autem quarta sit quarta pars debitæ ab intestato portionis. *L. 2. C. de inoffic. donat. L. Papinianus, §. si quis mort's, D. de inof. testamen.* Neque vero donatum prius redire debet ad hoc subsidium consequendum, quam certum esse cœperit hoc subsidium deberi: ac multis casibus evenire potest vivo donatore, ut ne debeatur. Quid enim, si interea liberi decesserint? quid, si pater aliunde tantum acquisierit quantum satis sit ad portionem legitimam explendam? Neque hoc mirum videatur dicere nos aliquid redire ad patrimonium donatoris, quod mortuo donatore redeat. Hic enim patrimonium donantis intelligi debet dictum esse ου'κφορικῶς non quod nunc sit donantis, sed quod olim fuit: quemadmodum dicimus insulam, quæ aliquando fuit, nun quæ nunc est. *L. insula*, in fin. *D. de acquirend. rer. domin.* tutorem finita tutela, qui sane amplius tutor non est, ...

(21) Ita Bart. ad *L.* 1. *et ad L.* 5. *C. h. t.* Wes ad *h. t. C. n.* 18. et DD. communiter in specie *d. L.* 5. et unico hoc casu (non enim semper donantem revocare posse vulgo sentiunt) donatori ipsi hanc actionem competere. Nam putant, sicuti qui donavit extraneo, natis postea liberis, in totum revocat: *L.* 8. *C. de rev. don.* ita qui uni filiorum, si alios postea liberos suscepit, quibus legitima salva non esset, rata manente donatione, eam pro modo legitimæ rescindi. Et ita quoque Cujac. in *Nov.* 92. *et Tr. ad Afric. in L.* 10. *Ne quid in fr. patroni.* Forcat. *Dial.* 115. *n.* 6. non tractari *d. L.* 5. de hac querela quæ non nisi post mortem nascitur, quamque ipse pater contra pietatis officium a se factam non diceret, ne propriæ turpitudinis accusator sit. Sed de qua tractetur, non satis expedit. Sicuti nec Ant. Fab. 3 *Conject.* 17. dum inquit in specie *d. L.* 5. de illo patrem sollicitum esse, quomodo liberis postea natis debita portio relinqui posset, ne alias donationes in fratres collatas in solidum revocarent. Donationem quæ initio non fuit, ex post facto fieri inofficiosam, si pater ait se eam donatorum partem quæ aliorum liberorum legitimæ sufficiat, reverti nolit. Non enim hinc liquet, quodnam detur remedium ipsi patri donanti, in casu *d. L.* 5 ad revocationem non totius, sed partis. Mol. *t. h. t. n.* 23 falsum intellectum *d. L.* 5 in errorem præcipites egisse DD. sentit. Et ibidem *n.* 32. *et seqq.* contra DD. ibi non ex tacita mente donantis (ut *L.* 8. *C. de rev. don.*) tempore donationis, nec expressa voluntate præsenti revocari, sed contra ejus voluntatem, ob vitium inofficiosi. Quod probat 1.° Quia *d. L.* 5. posita *in tit. de inoff. donat.* non in tit. *de. rev. don.* 2.° Quia ab aliis legibus hujus tituli hæc sola non difformis erit 3.° Quia excludit ingratos, quos tamen patri admittere liberum. 4.° Per verba *necesse est*. Ergo hic non de revocatione, quæ fit ab ipso donatore: sed quæ eo invito, ex necessitate juris. Alias quoque rationes profert quas, ne prolixior sim, prætereo. Caussæ constitutio in *d. L.* 5. ex sententia Mol. *n.* 37. *et seqq.* talis: Qui donaverat emancipatis, ducta postea secunda uxore, metuens, ne si forte ex ea liberos susciperet, illi donationis fructum fratribus eriperent: quæsivit, an et quatenus donatio, non a se et ex voluntate sua, sed ex necessitate juris a liberis istis aliquando post mortem suam revocari posset. Videbatur quod non posset, quasi donatio non ad intervertendam querelam inofficiosi facta perfectaque initio, postea inofficiosa non fiat, nec videtur etsi in eum casum devenerit a quo incipere non potuit. Contra deciditur quod, etsi pater ratam haberi velit donationem, tamen necesse sit servari legitimam filiis posterioris matrimonii tam respectu bonorum donatorum, quam postea quæsitorum. Et quantum ad hoc, bona donata *reverti*, ut scilicet de iis quoque legitima æstimari possit. Hocque noviter statutum censet, quod absque *d. L.* 5. esset donatio rite perfecta, nulloque vitio inofficiosi, nec re, nec consilio (cum tempore donationis hi liberi nec nati fuerint nec de iis cogitatum) affecta: utique eventu et casu postea emergente non infirmaretur arg. eorum quæ *supra h. C. N.* 5. Ita Mol. qui et statuit hoc ipso casu, si pater ipse velit revocare donationem, posse id in totum facere æque ac si facta extraneo esset *d. L.* 8. *C. de revoc. donat.* Ubi autem liberis natis aperte confirmavit donationem, sicuti ab extraneo donatio ex post facto inofficiosa per liberos tantum pro ratione quartæ revocaretur, cum consilium fraudandi cesset: ita pariter, si in liberos collata, etc. Confer. Mod. Pist. *P.* 2. *QQ.* 66.

plius tutor non est, sed qui modo tutor fuit.

XXIII. Quibus igitur querela inofficiosæ donationis competit? Nempe iis, quibus testamento inofficioso ab hereditate exclusis querela inofficiosi testamenti competeret: cum sciamus querelam inofficiosæ donationis non solum constitutam ad similitudinem prioris illius, sed etiam ad vindicandam injuriam donationis inofficiosæ, per quam querela inofficiosi elusa et exclusa est. *L. 1. L. si mater, C. de inoff. donat.* Ita querela inofficiosæ donationis competit (22) liberis, parentibus, fratribus consanguineis, ad quos donationis injuria pertinet, adempta his per iniquitatem donationis legitima portione. De liberis constat, ad quos rescripta hujus *Tituli C.* auxilium adversus inofficiosas donationes constituentia fere omnia nominatim diriguntur; et vero omnia exceptis duobus, *L. 4.* et *L. ultim.* De parentibus sub persona matris rescriptum est in *L. 4. C. eod. tit.* Consentaneum est idem et in fratribus intelligi debere, quo casu nulla donatione facta, de inofficioso testamento queri potuissent: cum hic dicamus omnia esse cum querela inofficiosi similia, *d. L. ult.* Sed meminerimus semper hoc ipsum quod nobis in hac querela per omnes partes tenendum est, quibuscunque proposita sit querela inofficiosæ donationis, semper introductam esse legibus ad similitudinem querelæ inofficiosi testamenti. Ex quo intelligere debebimus suprascriptis personis ita esse constitutam ut iis competat iisdem conditionibus eodemque jure atque ordine quibus competeret his ipsis querela inofficiosi, non latius præter quam una in re, de qua postea. Proinde quibuscunque de caussis querela inofficiosi non competit, sciamus de caussis querelam inofficiosæ donationis excludi.

XXIV. Querela inofficiosi ita non competit superioribus personis, ut aut a principio his non detur, aut cœpta finiatur. Denegandæ his ab initio querelæ inofficiosi, cum testamento exclusæ fuerint, tres caussæ sunt. Una, si liberi parentesve justa de caussa (23) ingratitudinis testamento adscripta summoti sint. Ergo et his ipsis eadem ingratitudine notatis querela inofficiosæ donationis denegabitur, ut indicat *L. si totas, C. eod.* ita tamen, si eodem exemplo donator in instrumento donationis adscripserit justam caussam ingratitudinis, qua motus nollet quidquam de bonis suis ad liberos suos aut parentes pervenire. Altera caussa querelam inofficiosæ donationis ab initio removet, si quo alio jure ad defuncti bona perveniri potest. Et nos jam ante idem in querela inofficiosæ donationis servari diximus, si qua alia actione legitima portio de donatione inofficiosa obtineri potest, *L. 2. L. 4. C. eod.* Tertia caussa excludendæ ab initio querelæ inofficiosi est, si liberis et similibus personis portio legitima relicta sit, aut adeo relictum aliquid propter quod ad supplementum reliquæ legitimæ agi possit. Idem juris est et in querela inofficiosæ donationis; etiam hanc excludi placet aut in totum aut pro parte, iisdem rebus relictis quibus querela inofficiosi excluditur, *L. cum donationibus, C. eod.* Cumque de hac portione legitima constare non possit utrum relicta sit necne, et hac non relicta, quæ quantave injuria facta sit heredibus legitimis patrimonio exclusis, nisi mortuo eo de cujus bonis agitur; eo fit ut, quemadmodum querela inofficiosi adversus injuriam testamenti nisi mortuo testatore competere non potest, sic nec possit competere querela inofficiosæ donationi adversus donationis injuriam, nisi mortuo donatore: quod et indicatur in *L. 3. C. eod.* Ex persona testantis cessat querela inofficiosi, si testator miles est a quo sit inofficiosum testamentum. Proinde etsi miles totum patrimonium suum inofficiosa donatione in extraneos contulerit, cessabit etiam adversus eam donationem querela inofficiosæ donationis.

XXV. Jam vero querela inofficiosi quanvis ab initio recte constituta, tamen suis quibusdam modis amittitur: ex quo etiam competere desinit: puta his, repudiatione; judicii defuncti agnitione; (24) tempore, si

(22) Vid. Hart. Hartamanni *Lib. 2. Tit. 44. Observ. 4.* Liberis autem naturalibus non datur *L. 5.* ubi *ex quocunque etc. C. h. t.* Valasc. *Cons. 94. n. 7.* Et hic quoque locus successorio edicto, ut vult Rubens *ad L. 14. D. de inoff. Test. Cap. ult. n. 6. et seqq.* et juri accrescendi, ibid. *n.* 15. ac pendente lite, filius ex bonis litigiosis alendus, A. Fab. *Cod. Fabr. h. t. de fin.* 5.

(23) Quod Mol. *h. t. n.* 71. statuit, etsi ingratitudinis caussa donatione non expressa, quia in testamento expressio pro forma requiritur. Et fac *N.* 92. *C.* 1. §. 1.

(24) Rub. *ad L. 14. D. de inoff. test. C. ult. n.* 5. Et ita verba eadem temporibus *d. L. ult.* exponunt *Gl.* et *DD.* et Ania. *in L. un. C. Th. h. t.* Wes. *in h. t. C. n.* 4. Et hæc quoque ad heredes tantum suos transmittitur; ad extraneos non nisi præparata, Wes. *ibid. n.* 20. Trentac. 3. *Pract. Resol. Tit. de Donat. Resol. 4. n.* 14.

intra quinquennium ex quo competere cœpit, instituta non fuerit; morte ejus ad quem ea pertinebat, si is non præparata ea decesserit. Totidem ergo modis et querelam inofficiosæ donationis finiri intelligemus. Agnitione donationis eam excludi declaratur in *L. cum donationibus*, *C. eod.* Quanto magis excludetur aperta repudiatione? Sed et in cæteris modis par est idem admittere. Postremo si plures quorum singuli, si soli essent, vocarentur ad querelam inofficiosi, diximus in his locum esse ordini legitimæ hereditatis et unius in primi deficientis locum successioni: ut, si quis decesserit liberis exheredatis et patre præterito, defertur querela primum liberis, sed hac lege ut his deficientibus succedat in querelam pater. Idem igitur ordo et in querela inofficiosæ donationis erit eademque successio, si is qui liberos et patrem habebat, patrimonium suum immensa donatione inter vivos in extraneos effuderit. Hactenus ergo omnia huic querelæ cum querela inofficiosi similia, cum quæritur quibus ea competat. Unum hac parte dissimile est, quod supra attigi, quod querela inofficiosi testamenti non competit, nisi testamento facto, ut titulus satis indicat. Inofficiosæ donationis querela et testamento facto et donatore intestato mortuo competit.

XXVI. Reliqua hujus querelæ superioribus cognitis sunt (25) expedita: adversus quos detur; qua de re; cujus rei obtinendæ gratia. Si querela inofficiosæ donationis actio in rem est, sequitur ut detur adversus donatarium quidem, sed hac conditione, si res donatas possideat aut, cum sciret donationem inofficiosam esse, idest cum sciret totum patrimonium esse donatum, aut donationem dodrantem vel bessem excedere, et esse donatori liberos vel parentes qui ea donatione fraudarentur, desierit possidere; sic enim dolo possidere desiit. Quod si neque possidet neque scivit donationem inofficiosam esse, non tenebitur: hæc enim conditio est actionis in rem, de qua in rei vindicatione dicemus. Rebus donatis alienatis, ejusdem actionis naturæ convenit ut et detur querela adversus hujusmodi possessores, sive possideant sive, cum donationem inofficiosam non ignorarent, possidere desierunt. Si quæritur de re, de qua et quanta hæc querela competat, jam supra intellectum est hac querela revocari res donatas, sed hactenus ut de universis portio legitima detrahatur, quantam agenti ad summovendam inofficiosi querelam relinqui necesse esset, L. 2. L. *si totas*, L. *si mater*, *C. eod.* Ergo et de singulis rebus donatis ita agetur, ut pro portione hujus legitimæ singulæ minuantur, *L. penult. C. eod.* Finis et effectus actionis idem qui et rei vindicationis omnis: de quo melius ex ipso genere postea cognoscetur.

XXVII. Inofficiosæ donationis species quædam est dos inofficiosa, cum quis mulieris nomine, sive ea filia est sive extranea, omne patrimonium suum in dotem marito dedit. Etsi enim non sunt proprie donationes, quæ ob caussam fiunt, *L. hoc jure*, §. 1. *L. Aquilius*, *D. de donat.* dos autem omnis ob caussam datur, nempe ut maritus onera matrimonii sustineat; unde et dos negatur marito ex caussa lucrativa esse, *L. ex promissione*, *D. de oblig. et actio.* quæ hic de hac specie dubitandi caussa fuit: tamen hæc ita de dote recte dicuntur, cum personam spectamus mariti qui accipit, et mulieris cujus nomine dos datur. Datum marito et mulieri dos est, et hactenus non donatio: cæterum danti (26) donatio est; quippe qui liberalitatis caussa cum non cogeretur, ita dedit. Intelligitur autem donari, quod nullo jure cogente conceditur. *L. donari*. *D. de don.* *L. donari*. *D. de reg. jur.* Idcirco et dos inofficiosa iisdem

(25) Nondum tamen expeditum an detur contra singulares successores? Wes. *h.* 1. *C. n.* 24. dari contra omnes ad quos res titulo lucrativo pervenerunt, quatenus inde locupletiores. Confer. *infra not. ad L.* 8. *C. de revoc. donat.* N. 12. Item an pro modo eo quo revocatur, fructus quoque restituendi? de quo Vasq. 1. *Ill. Contr.* 38. *n.* 1. *et* 2. Et Trentac. *Lib.* 3. *Pract. Resol.* 4. *n.* 13. Denique quid si res donatæ non extent? Vulgo condictionem ex lege reddendam volunt, teste Vando 2. *Q.* 24. *n.* 10. qui putat consumpta condictione sine caussa, vel ex caussa injusta, debere repeti arg. *L.* 1. *in fin. de cond. si ca L.* 5. §. *ult. L.* 6 *de don. int. vir.*

(26) Ann. Robert. 3. *Rer. Judic.* 10. *p.* 711. Et censetur quoque dotis caussa lucrativa quoad mulierem, etsi sit filia dotantis, *L. ult.* §. 1. *Quæ in fraud. cred.* Pinell. *in L.* 1. *C. de bon. matern. P.* 5. *n.* 62. *pag.* 347. immo, et quoad maritum, quatenus congruum modum excedit, ut vult. Molinæ. *Tr. de Donat. fact. in contr. matrim. n.* 51. Confer. Cujac. 26. *Obs.* 25. Etsi absolute non sit *L. un. circ. med. C. de impon. lucrat. descript. Lib.* 10. *tit.* 35. De dote inofficiosa pluribus Sich. *ad L. un. C. h. t.* Trentacinq. *Libr.* 3. *Pract. Resol. Tit. de Jure dotium Resol.* 3. Valasc. *Consult.* 184. Matthæ. de Afflict. *Decis.* 88. ibique Cesar Ursill. *in annot.* Vinc. de Franch. *Decis.* 558. Fuse Wes. *ad Tit. C. de inoff. dot.* Hic satis superque.

legibus revocationis ac querelæ quibus cæteræ inofficiosæ donationes, subjicitur. Quoque minus dubitaremus ita esse, quoniam superior objectio quem movere poterat, ideo visum est separatim et proprio titulo de eo cavere: ib factum est in L. *una*, *C. de inofficios. dotib.*

## CAP. XII.

### De hereditatis petitione.



I. Species petitionis hereditatis exposita est, querela inofficiosi testamenti, quæ a genere separatim cognoscenda et simul prius tractanda videbatur ob eas caussas quas statim ab initio ejus tractationis ostendi. Huic per occasionem adjuncta querela inofficiosæ donationis; non quod eamdem petitionem haberet, sed quod confirmandæ prioris illius caussa comparata, ita cum priore conjucta esset, ut non posset ab ea divelli. Sequitur ipsum petitionis genus, quæ communi nomine dicitur petitio hereditatis, pertinens ad omnes petitiones, quibus hereditas quacunque ex caussa petitur.

II. Petitio hereditatis est actio in rem, per quam hereditatem nostram petimus et per caussam hereditatis res singulas hereditarias ab eo qui quid earum rerum sine caussa possidet, ut nobis restituatur. In rem actio est: sic nominatur in *L. sed et si lege*, *§. petitio*, *D. de hered. pet.* Id ipsum et definitio actionis in rem ostendit. Diximus enim supra, actionem in rem esse, per quam rem nostram petimus; et semper eam adversus possessorem esse, *L. actionum*, *D. de obl. et act.* Ac talis est hereditatis petitio ex definitione superiore. Nam hic petimus rem, nempe hereditatem et eam nostram: et petimus ab eo, non qui nobis obligatus sit, sed qui hereditarium quid possideat, tantum hoc nomine quia possidet. Est igitur petitio hereditatis actio in rem. Sed animadvertendum hoc loco est, ita eam in rem esse ut hic singulare quiddam et proprium hujus generis accidat, præter cæteras rerum singularum in rem actiones. Nam cæteræ actiones in rem nihil nisi in rem sunt, id est ita sunt adversus possessorem constitutæ ut, quemadmodum is rem possessam potest sine dolo malo desinere possidere: ita cum desierit, simul et ipse actione quæ non personam ejus, sed rem sequebatur, desinat teneri. Petitio autem hereditatis cæteris in rebus maxima ex parte in rem; quemadmodum rerum personales præstationes habet, puta pretiorum quæ is qui pro herede se gerebat, redegit ex rebus hereditariis distractis; item pecuniæ quam a debitoribus hereditariis tanquam heres exegit: hoc in *d. L. sed etsi lege*, *§. petitio.* Dicuntur autem istarum rerum personales præstationes eodem modo quo personalis actio, seu actio in personam. Ut enim personalis actio dicitur, quæ personæ cohærens hanc sequitur, omissa quæstione utrum rem debitam possideat necne; qua eadem qui teneri cœperat, non desinit teneri donec præstiterit quod debetur, ut supra suo loco exposuimus: sic et in petitione hereditatis qui istius omnis pecuniæ nomine quam dixi, teneri cœperit, ita tenetur ut, quamvis eam pecuniam quam primo redegerat amiserit; teneatur nihilominus perpetuo tanquam præstatione ejus personæ cohærente, qua nec prius teneri desinat quam exsolverit: quod cujusmodi sit amplius dicetur suo loco, in ea parte in qua quæritur de rebus quæ in hanc petitonem veniunt.

III. Enimvero cur petitio hereditatis, cum in rem sit, hujusmodi personales præstationes habet; cæteræ autem actiones singularum rerum quæ similiter in rem sunt, eas præstationes non habent? Hoc eo fit, quod specialibus in rem actionibus species et res certæ petuntur, *L. 6. D. de rei vind.* Atque hæ natura sua desinere possunt possideri; quod si desierunt sine dolo malo possessoris, natura actionis in rem postulat ne teneatur qui prius possidebat, *L. qui petitorio, D. de rei vind.* At pretia rerum distractarum et pecunia a debitoribus exacta quæ in petitionem hereditatis veniunt, sic incipiunt a possessore hereditatis deberi, non ut species hic debeatur, sed genus. Qui enim percepit, exempli gratia, centum aureos, is non debet eam ipsam speciem nummorum quam accepit, sed centum in genere; centum denique ubicunque illi aut sunt aut futuri sunt, *L. 2.* in pr. et *§. 1. D. si cert. pet.* proinde rem incertam. Jam vero hujusmodi res ut perire non possunt, sic nec dici desinere possideri, *L. in ratione*, *§. incertæ*, *D. ad leg. Fal.* Ita fit ut, quoniam qui istarum rerum nomine teneri cœperat, eas a se non amittit, ideo suffragante etiam actionis in rem natura, perpetuo tanquam possessor earum rerum nomine teneatur. Inde dictum petitionem hereditatis (1) mixtam personalem actionem

(1) Et vere; itaque hæc mixta actio de utraque reali et personali participans (etsi hoc Donellus noster non velit, quippe qui nullas mixtas actiones statuit, vid. *not. ad Commentar. Instit. de Act.* §. 20. N. 8.) ut recte DD. vulgo. Azo. *in Summa C. h. n.* 20. Myns. *in §. actionum* 28. *I. de act. n.* 115. Maranta *Speculo aureo P.* 4. *Distinct. judic.* 3. *n.* 62. (scribens oriri ex quasi contractu aditionis hereditatis, quod non omnino placet.) Zang. *de Exc. p. P.* 2. *C.* 1. *n.* 102. Vital. 1. *Var. Lect.* 15. *n.* 5 P. Greg. 46. *Synt.* 27. *n.* 2. Vult. ad *L. un. C. ubi de her. ag. n.* 25. Cujac. *ad §.* 1. *I. de act.* Fachin. 11. *Contr.* 62. Atque hæc non alia ratio est, quod ei triceunio tantum præscribitur, reddita in *d. L.* 7. ut frustra quidam aliam comminiscantur, recte Parlad. 1. *Iter Quotid.* 1. §. 12. *n.* 5. *et seqq.* Cujac. 6. *Diff. Modestini ad L.* 46. *h. t.* duas actiones huic inesse, personalem et realem, utramque per se, ideoque tricennio illi præscribi. Nam, ait, si tota æstimaretur ex parte qua realis est: injuria fieret actori, coarctata etiam personali actione ad annos 10. vel 20. Expedit itaque actionem mixtam totam æstimari ex parte qua personalis, ut non nisi 30. annis perimatur, quia jura et actiones produci quam coarctari melius est. Tametsi Cacherau. *Decis.* 56. *n.* 7. quandoque longo tempore præscribi huic actioni velit, tunc scilicet quando datur contra possiden-

habere, *L. hereditatis*, *C. de pet. her.* Cætera definitionis superioris cum pertineant ad suos quæque locos in quibus recta institutio hujus actionis versatur, ad eos locos nobis remittenda sunt, unde certius et dilucidius singula cognoscantur.

IV. Constat autem recta institutio petitionis hereditatis iisdem illis locis quatuor quos in omni hac institutione actionis persequimur, Quibus competat, Adversus quos, Quibus de rebus. Cujus rei gratia. Ex quibus primum illud si quæritur, competit (2) petitio hereditatis heredi cujus est hereditas, quam et suam esse intendit, *L.* 3. *L. licet*, *D. de her. pet.* Quod cum dicimus, hoc dicimus, ei qui se heredem et suam hereditatem intendat, ita jus esse hereditatem petere, ut petenti nihil obstet quominus ad eam petitionem admittatur. Idque ita est, etsi heres legitimus ab herede scripto legatum acceperit, qui deinde tanquam testamento non jure facto aut postea rupto, hereditatem petat ab intestato. Sane in hac specie hactenus heredi acceptionem istam nocere placet, ut non aliter ei detur petitio hereditatis, quam si legatum reddiderit: dum tamen etiam ei a possessore caveatur, si contra eum de hereditate judicatum fuerit, legatum ei reddi Sed etsi manifesta actoris (3) calumnia sit, in eadem specie placet ei hereditatis petitionem denegari. Hoc in *L. postquam*, 43. *D. de her. pet.* Hoc excepto, dum nulla ordinaria exceptio agentem removeat, puta pacti conventi, jurisjurandi, rei judicatæ; sic jus est, ut ei qui hereditatem suam esse dicat, jure eam petere et de ea judicio consistere liceat. Utrumque igitur cognoscendum est ei

tem titulo singulari. At imo nunquam contra eum datur, ut *supra N.* 26. Plane, quia actus mix'us a potiori nomen sumit, *L.* 12. *de stat. hom.* ideo hæc realis dicitur plerunque a re, ceu principaliori, ut Menoch. *Adip. poss. Remed.* 4. *n.* 29. *et seq.* Et per eam vindicare dicimur *L.* 8. *L.* 19. §. 1. *D. L.* 3. *L.* 9. *C. h. t. L.* 17. *pr. de inoff. test.* non ideo tamen mere realis, ut Achil. Personal. *Tr. de Petit. hered. n.* 633. Caguol. *in Rub. D. Si cert. pet. n.* 62. Bellon. 2. *Supput.* 3. A Fab. 20. *onject.* 10 *pag.* 166. Dura enim expositio Belloni; *mixtæ personalis ratio compellit*, id est quæ ratio efficit, ut personalis mixta præscriptione tricennali, estimatur; eadem in hac quæ, quamvis mere realis sit, habet tamen præstationes personales. Hæ enim imo præstationes personales faciunt ut sit mixta, per *L.* 22. §. *pen. Fam. etc.* vel saltem, cum principaliter quidem et per se in rem sit; orta ex jure hereditatis universali et reali; actio tamen personalis illi quasi inclusa et sic immixta est, ut in multis eundem effectum habeat. Et ut reliquæ tres actiones mixtæ quæ *in* §. 20. *I. de act.* origine et essentia sunt in personam, fine et effectu vero de realibus participant. Vid. *not. ad d.* § 20. *N.* 8 ita hæc, versa vice, origine in rem, exitu vero multa cum actione personali communia habet. Quod et fere agnoscit Bellon. *seq. C.* 4. scribens hanc dici posse realem mixtam, ut illæ personales mixtæ. Non obstat retorsio Belloni *ex d. L.* 7. v *a cæteris autem* sic arguentis: Regula traditur, quod actionibus realibus præscribatur longo tempore. Inde eximitur petitio hereditatis. Ergo et hæc realis, alias exceptio de regula non erit Nam resp. mixtam sub simplicibus contineri, vid. *not. ad. d.* §. 20. Et spectari quod prævalet. *L.* 12. *de stat. Hom. etc.*

(2) Ideoque dari post aditionem tradunt arg. *L.* 1. *et* 2. *C. Quor. bon.* Gomez. *in L. Tauri* 45. *n.* 154. Et repelli posse petitorem censent inde, quod hereditatem non adierit, Hieron. Marilian. *Decis.* 44. Sed recte Wes. *ad h. t. C. n.* 18. aditionem aliam non requirendam in eo qui ex se heres esse vult: cum eo ipso quod hanc intentat, satis pro herede gerat: cum animo solo hæc acquisitio contenta sit, ut *supra Lib.* 7. *C.* 8. At si ex alterius jure agat, ut heres heredis, necesse est ut probet illum ex cujus jure agit, adiisse quando hereditas non adita non transmittitur, ut *supra Lib.* 7. *C.* 4. Itemque si pater, et dominus hereditatem per filium, vel servum sibi quæsitam petant. Difficultatem vero hic movet Gomez. *d. loc.* Si post aditionem nulla amplius est hereditas, sed patrimonium heredis, cum illa sit jus fictum et imaginarium, inductum ad repræsentandum defunctum, quomodo petitur hereditas quæ non est, sed extincta Resp. Gomez. Non datur hæc petitio ad consequendam hereditatem vel jus illud, sed principaliter competit, ut declaretur heres, ac in consequentiam fiat restitutio rerum quæ penes alium sunt, quæ dicuntur hereditariæ donec possessionem adeptus heres. Gœd. ad *l.* 24. *d. V. S. n.* 12. etsi repræsentationis istius jus quod hereditati inerat, extinguatur aditione, per eamque fiat ne res amplius defuncti censeatur; caussa tamen, ait, manet, et titulus petendi continuatur, ut et heredi competat; Sicuti et emtionis ex. gr. obligatione per traditione dissoluta, caussa empti et titulus pro emptore durat.

(1) Secus si vires testamenti prius ignoravit. Unde et qui ex testamento hereditatem petit, et victus non prohibetur legitimam hereditatem vindicare *L.* 8. *D. L.* 3. *C. h. t.* Etsi ab intestato quid amplius habiturus. Non enim, quod judicium defuncti ignorans (per justum facti errorem, secus si errore juris. per *L.* 3. *si quid in fr. patr.* Costal. ad *L.* 8. ) secutus, successionem intestati repudiavit, *L.* 19. vers. *cæterum de inof. test.* cum nemo ea quæ sibi competere nescit remittat *L.* 35. *de pact.* Fac. *L.* 97. *de aquir. her.* Wes. *in Par. h. t. n.* 8.

qui hereditatem recte petiturus est, et quid vocemus hereditatem, et quomodo efficiatur hereditas cujusque, ut possit quis eam jure suam dicere.

V. Hereditas est successio in universum jus, quod defunctus habuit tempore mortis. *L. hereditas, D. de regul. jur.* Successio, id est, ut docui pluribus in acquisitione eorum quæ per universitatem contingit, res quæ successit in universum jus Hereditatem quidem rem esse constat, ut quæ numeretur præcipue inter res incorporales, *Inst. de reb. corp. et incorp.* Rem autem esse, quæ dicatur in id jus successisse, arguit, quod hereditas nondum adita passim dicitur a juris auctoribus rerum hereditariarum domina, *L. hereditas, 2. D. de acquir. rer. domin. L. non minus, §. 1. D. de her. inst.* Unde domina, nisi quia dominium occupavit? et quomodo occupavit nisi per successionem, dum in jus defuncti successit? Hanc rem et dominam cum heres sibi acquisivit, per eam consequitur videlicet, ut et ipse in jus defuncti succedat. *L. 3. D de bon. poss.* Ex quo deinde quæ hereditas prius dicebatur successio seu domina quæ successit in jus defuncti, nunc dici incipit solum jus universum defuncti successione in heredem translata, qui jam ipse in id jus successisse intelligitur beneficio hereditatis quæsitæ. Et hoc jus est universum quod hic intelligimus peti, cum hereditatem peti dicimus.

VI. Hæreditatem, ut hac actione recte petatur, nostram esse oportet: quæ in omni actione in rem civili communis caussa est, quæ agenti actionem, idest jus agendi, tribuat, *d. L. actionum, D. de oblig. et act.* Quæ hereditas nostra sit, etsi ex his intellectum est quæ de hereditatis et universitatis cujusque acquisitione in dominiis rerum acquirendis diximus: tamen quia tractatio longa est, et summam aliquam notionem ejus acquisitionis animo informatam hoc loco habere expedit, eam totam brevi definitione et divisione complectar. Hereditas ea nostra est, quæ jure primum nobis recte delata, post deinde quibus modis jure oportet quæsita est.

VII. Defertur omnino jure hereditas (4) aut testamento ejus de cujus bonis agitur, aut ab intestato, *§. ult. Inst. per quas pers. nob. acq.* Testamento non quovis, sed justo, et eo quod jure comprobetur. Justum testamentum est, quod ab initio jure factum, deinceps tale perseverat nullo postea casu infirmatum. Jure factum ab initio intelligitur, in quo res ad testamentum conficiendum necessariæ intervenientes ad normam et præscriptum juris congruunt: persona testantis: testandi modus: et res internæ testamenti. Persona testantis: ut sit is qui testamentum jure facere potuerit: omnes autem possunt qui non prohibentur: qui prohibeantur traditur *titu. Inst. quib. non est permiss. fac. testamen.* Testandi modus; ut solemnia juris intervenerint: de quibus *titu. Inst. de test. ord.* Res internæ testamenti, ut heres testamento instituatur, et si testator liberos habet.

(4) Datur vero ordine successivo primo testamentariis, deinde in eorum defectum legitimis per *L. 39. de acquir. her. et sim.* Wes. *h. t. C. n.* 19 *in Par. D. h. t. n.* 9. Quemadmodum vero in vindicatione speciali non necesse est adjicere caussam ac titulum domini, *infra Lib.* 23. *C.* 4. ita nec hic titulum hereditarium libello declarari o us, an scilicet ex testati an intestati caussa petat, sed admittitur petitio universalis expressa caussa propinqua, Sich. *ad Bub. C. h. t. n.* 4. Alfons. Alvarez *Speculo Pontif. Impp. etc. C.* 70. *n.* 16 et caussa remota, quo jure scilicet res sit, in certaminis progressu per probationes patescit. Dias Achil. Personal. *Tr. de Petit. hered. n.* 552. Sicuti autem in vindicatione præstat dominii titulum in libello assignari, ut deinde victus ex una caussa litem redintegrare possit ex alia, vid. *infra Lib.* 22. C. 5. *n.* 16. *in fin.* ita hic consultius videtur exprimere an ex testamento hereditas petatur, ne ad aliam caussam victus recurrere prohibeatur, aut saltem de eo ipsi fiat contentio. Hinc. Myns. *in §. actionum* 28. *I. de act. n.* 28. consulit advocatis reorum ne urgeant ab actoribus expressionem tituli ut videlicet litis redintegratio caveatur. Tametsi Personal. *d. loc. n.* 552. contra consulat, ut actor interrogetur quo ure heres sit, ut deliberare ossit reus cedere an contendere velit. Plane utramque hanc caussam per alternationem conjungi posse statuit Wes. *Par h. t. n.* 8. ita: peto ex testamento si quod ratum est, sin minus, ab intestato etc. Competit et hæc omnibus quibus ex statuto aliqua portio debetur, Wes. ad *h. tit.* 1. n. 9 An et filio ratione legitimæ? Vid. laudatos *supra in not C.* 4. *N.* 45. vers. *de quo et contra quos.* Et necessaria est hæc actio, non ad dominium rerum aut ius heredis consequendum, sed ad possessionem adipiscendam, cum eam pro ria auctoritate, non nisi vacantem occu are liceret. Nec competit ha c nisi de iis rebus quarum possessionem necdum adeptus heres. Nam si semel antea apprehensum amisit, alia deinde actione speciali opus est. Gomez. in *L. Tauri* 45. *n.* 164. Tiraq. *Tr. le mort saisit le vif. P.* 7. *Declar.* 4. *n.* 4 Vult in § *actionum I. de act. n.* 66. *et n.* 73. Schneidewin. *ibid. n.* 59 Azo *in summa C. h. t. n.* 7. Wes in *Par. h. t. n.* 9.

ut eos aut heredes instituat, aut si summotos esset vult, recte exheredet; quæ pars fere est illorum titulorum *Inst. de exher. lib.* et *de hered. instit.* Quod ita ab initio jure factum erit, sic perpetuo tale mansurum est, si nullo extrinsecus casu postea infirmetur. Infirmari autem solet ita, ut alias rumpatur, alias irritum fiat: qui modi exponuntur *titu. Inst. quib. mod. testam. infir.* Sit ergo testamentum aliquod ejusmodi, quod ab initio jure factum, eventu nec ruptum postea, nec irritum factum sit, id testamentum est, quod justum vocamus. Justo isto testamento defertur hereditas non quibuslibet, sed heredibus eo testamento institutis: si modo et hi instituti jure potuerint, et ita sint instituti ut oportet. Et defertur his mortuo testatore, si quidem pure aut in diem instituti sint, statim: si sub conditione, tunc cum conditio exstiterit: quod proprie argumentum est *titu. de hered. inst. Instit. D. et C.*

VIII. Ab intestato defertur hereditas: cum is de cujus hereditate agitur, intestatus decessit. Intestatus dicitur non solum qui testamentum non fecit, sed etiam qui fecit, sed aut ab initio non jure, aut quod jure fecerat, ruptum postea irritumve factum est, *Instit. de heredit. quæ ab intest. defer.* in princip. Ab eo qui ita decessit defertur hereditas non voluntate et judicio privati cujusquam, ut testamentariæ hereditates, sed lege sola. Unde per excellentiam quæ hereditas defertur ab intestato dicitur legitima in usu juris, *L. 3. §. illo, D. pro soc. L. legitimam, D. de heredit. petit.* Recte legitima, quæ omni ex parte a lege est: cum testamentariæ hereditates sint quidem et ipsæ ex parte a lege quæ illas confirmat: sed ita ut maxima et præcipua ex parte proficiscantur a judicio testatoris qui heredes instituit. *L. lege. D. de verbor. signif.* Defertur a lege intestati hereditas sanguine conjunctis suo quique ordine, liberis primum, deinde parentibus, tum reliquis cognatis, ut quisque defuncto proximus est gradu: de quo genere successionis agitur *libro tertio Institut.* sed jus totum ex emendatione Justiniani diligenter comprehensum *Novel. de hered. ab intest. venient.* Alterutro ex his modis delata hereditas, etiam nunc acquisitionem heredis desiderat.

IX. Acquiritur autem pro conditione heredum varie: non nisi dupliciter tamen, alias ipso jure, alias voluntate heredis cui delata est. Ipso jure, liberis suis heredibus a domino institutis. Voluntate heredis, extraneis heredibus, ut quisque hereditatem sibi delatam agnoverit vel adeundo vel pro herede gerendo, dummodo et patremfamilias mortuum esse sciat, et se ei heredem esse: quæ summa est *tit. Inst. de hered. qual. et diff.*

X. Sic autem nobis acquiritur hereditas aut per nos, aut per alios. *L. 2. D. de her. pet.* Per nos; cum iis modis quos diximus, delata nobis hereditate, eam ipsam ita quæsivimus ut penes nos maneret, utpote liberos homines et nostri juris constitutos. Per alios, cum aliis delata et per eos quæsita ad nos pervenit. Eorum duo sunt genera: Unum eorum, qui sunt in potestate nostra liberorum nostrorum et servorum: Alterum eorum quibus successimus, cum prius alii heredes exstitissent. Per servos nostros heredes ab alio institutos quæsita hereditas nobis omnimodo acquiritur. *L. acquiritur. D. de acq. rer. dom.* Acquiritur et per liberos nostros quos in potestate habemus, sed ita, si nostri contemplatione heredes instituti sint, aut ut nobis hereditatem acquirerent, eam adierint: ut in quæstione de rebus per has personas nobis acquirendis docuimus. Per eos quibus successimus, acquiritur nobis hereditas eorum quibus illi prius heredes exstiterunt. Utputa pater meus heres exstitit Titio, ego patri: videor et ipse Titii heres esse, et Titii hereditatem recte vindicabo, *L. 3. D. de her. pet.* Idque est quod vetere regula juris traditur, heredem heredis (5) heredem quoque esse testatoris, cui primus heres exstiterit: exstat regula in *L. ult. C. de her. inst.* Eandemque significationem habet quod dicitur, heredis appellatione neque heredem tantum primum testatoris contineri, sed et heredem heredis, et deinceps ulteriores, *L. heredis appellatio, D. de verb. signif.* Hoc enim eo spectat ut significetur, non singulos istos ejus cui proxime successerunt, heredes esse, sed omnes simul heredes esse ejus, cui priores heredes exstiterint. Id autem efficitur hac ratione, quod patri meo eidemque Titii heredi succedens, ut nihil aliud, certe patris hereditatem totam obtineo. At in hereditate ejus est quidquid ille habuit cum moritur, *L. hereditas, D. de reg. jur.* Habuit autem hereditatem Titii sibi prius aditione quæsitam. Quare et hanc

(5) Etsi millesimus sit post alios Prockman. *Vol. 1. Cons. 2. n.* 514. vid. not. *supra Lib. 7. Cap. 12. N.* 10. add. Tiraq. *de Retract. Convent. §.* 1. *Gl.* 6. *n.* 20. *et seq.*

necesse est una cum reliquis bonis paternis hereditario jure ad me pertinere.

XI. Hæc ut pro instituto breviter, et velut per indicem ostendisse sufficiat; quorum fusior tractatio non est hujus loci, sed illius quem ante dixi, in quo de acquisitione hereditatis et rerum per universitatem acquirendarum agitur: quo ipso in loco de hoc genere quod satis esset disseruimus. Inde harum rerum plenior cognitio sumenda, et ad hunc locum nobiscum afferenda est. Sed tamen definitio hic fuit attigenda, ut intelligeretur summatim quid sit id quod hac actione petitur. Cognitio definitionis ejus duas ad res hic necessaria: ad petitionem ab initio prudenter instituendam, et ad institutam recte peragendam. Ad instituendam; quia hac cognitione instructi scire possumus quæ hereditas sit nostra, quæ non sit, ne quid forte hic temere quod nostrum non sit petamus. Ad institutam peragendam; quia etiamsi sciamus hereditatem nostram esse, tamen in judicio non sufficit nostram esse dicere, sed si negatur ab adversario, id expediri a nobis et probari debet, ut semper actori et ei qui dicit, incumbit probatio, *L. 2. D. de prob. L. actor. C. eod.* Definitio autem superior nobis suggerit res ad eam probationem necessarias: eas dico quas nobis proponere debeamus ad probandum; quibus positis et probatis efficiatur hereditatem nostram esse, id de quo nunc quæritur: Neque vero hic aliter vincit actor, quam plene probata ea intentione. Adeoque id verum est, ut quidquid hic contra exceptum fuerit a possessore, quod si verum esset, infirmaretur actoris intentio, qualemcunque id quæstionem habeat, sive facilem, sive obscuram, et implicitam, de eo tamen prius disceptari et plene cognosci oporteat: ut fit in omnibus directis judiciis, et quæ de re principali, non de possessione instituuntur, *L. 3. §. ibid. D. ad exhib.* In quo cum actori sæpe sit probatio difficilis, mora judicii molesta, et ad res hereditarias obtinendas longior, idcirco iis heredibus qui has difficultates et molestias judicii vitare volunt et rerum hereditariarum possessionem celerius ad se transferre, consilium datur ut ad possessionem rerum avocandam utantur initio interdicto (6) Quorum bonorum; quod cum sit de momentanea possessione, majores probationes non requirit, et exceptiones quæ altiorem indaginem habent, repudiat: exstat interdictum in *L. 1. D. quorum, bonorum.* De eo interdicto supra suo loco diximus. Tantum hoc meminisse oportebit, id interdictum competere non omnibus heredibus, sed iis quibus ex edicto (7) bonorum possessio a prætore data erit, et ut nunc jus est, qui bonorum possessionem apud quemlibet magistratum agnoverint, *L. ult. C. qui adm. ad bon. poss.*

XII. Ad petitionem hereditatis recte instituendam secundus locus est in quo quæritur adversus quem ea competat, ne adversus alium agentes frustra agamus. Et ut ab actore certa caussa est quæ illi ex persona sua tribuat actionem: sic a reo sua item caussa quæ illum subjiciat huic petitioni. Actori actionem tribuit jus suum et hereditatis velut dominium, *L. 1. §. 1. D. si pars hered. pet.* Adversus eum cum quo agitur, actionem dat rei de qua agitur possessio, sed hujus actionis propria, quæ esse solent caussæ omnium in rem actionum. Competit ergo hereditatis petitio adversus eum, qui rem aliquam hereditariam unam vel plures pro herede prove possessore possidet; eaque illius hac actione tenendi caussa est: exstat definitio in *L. regulariter, D. de hered. pet.* Continet hæc caussa tria, totidemque exigit, ut quis teneatur hereditatis petitione. Unum commune omnium actionum in rem, ut is possideat: duo propria hujus petitionis, ut possideat rem aliquam hereditariam, et ut possideat pro herede prove possessore.

XIII. Primum ut possideat: quod est, ut dixi, omnium in rem actionum commune, *L. actionum, D. de obl. et act.* Ideo et in commune hoc loco a me exponetur. Possidere proprie is dicitur in usu juris, qui ani-

(6) Æes. *in Parat. Quor. bon. n.* 6. Menoch. *Adip. poss. Remed.* 1. *n.* 5. *et n.* 96. In quibus differat hoc interdictum a petitione hereditatis, Gomez. in *LL. Tauri* 45. *n.* 167 Menoch. *d. Remed* 1. *n.* 3. *et seqq.* adde Pruckman. *Vol.* 1. *Cons.* 2. *n.* 505. *et seqq.* Achil. Personalis *Tr. Interdict. Quor. bon. n.* 451. *et seqq.* Matth. de Afflict. *Decis.* 14. et *in annot. ibi* Cæsar Ursil. Affine huic remedium *L. ult.* C. *de edict. D. Hadr. tol.* Sed 11. differentias recenset post alios Menoch. *Adip. poss. Remed.* 4. *Q.* 6 *a. n.* 45. *usque ad n.* 56. De quo remedio fusius Hubertin. Zabardus et Sabast. Sapia. *Tract. de Miss. in possess.*

(7) Sed Wes in *Par.* C. *h. t. n.* 7. utile hoc interdictum heredi civili competere. Quæ receptior opinio. Menoch. *Remed.* 1. *Adipisc. n.* 33. *et seqq.* quia siculi hereditatis petitio quæ civilis directa datur heredi solo, utilis etiam successori prætorio: ita interdictum quod juris prætorii, ex verbis et mente datur bonorum possessori; ex mente vero sola heredi civili.

mo et affectu domini rem tenet; unde qui alio animo tenent, etiamsi maxime justa de caussa sint in possessione aut rem apud se habeant, possidere non dicuntur, ut fructuarius, colonus, inquilinus, commodatarius, depositarius, §. *item placet*, ubi et Theophili in eam sententiam definitio est, *Instit. per quas person. nob. acquir. L. sciendum*, *D. qui satis. cog* §. *possidere*, *Inst. de interd. L. rei commodata*, *D. com.* Sed sententia et ratione juris fit, ut multo plures alii hoc verbo contineantur, non in hac actione tantum, sed generaliter in omnibus quibus locum facit adversarii possessio. Hinc eorum qui tanquam possessores teneantur, duo genera sunt summa, singula divisa in species duas quas si in unum colligas, efficiuntur numero quatuor. Unum genus est eorum qui vere rem tenent, quocunque affectu teneant. Alterum, qui cum neque possideant neque teneant, tamen juris interpretatione pro possessoribus habentur.

XIV. Eorum qui tenent, species duæ: qui vere possident; et qui non possidentes, tenent tamen naturaliter, habentque rei restituendæ facultatem. Eos qui vere possident rem hereditariam, teneri petitione hereditatis non dubitatur. Nam hi soli sunt qui proprie possidere dicuntur, *d. L. regulariter*, *D. de heredit. pet.* qualis est is, qui possidet pro herede, dum se heredem putat: qualis etiam prædo qui, quanvis se dominum non esse sciat, tamen pro domino se gerit, et affectu dominantis rem tenet; nam et hic isto affectu vere possidet, licet injuste, quia in summa possessionis nihil interest juste quis an injuste possideat, *L. 3. §. ex contrario*, *D. de acqu. poss.* Sed non minus teneri placet etiam eos qui non possidentes, id est affectu domini rem non tenentes, tenent tamen naturaliter seu corporaliter et habent rei restituendæ facultatem, ut sunt filiifamilias qui tanquam heredes facti, hereditate patri quæsita, nihilominus res hereditarias tenent: ut si quis est, cui res hereditaria commodata sit, aut apud quem deposita, *L. si a domino.* 36. §. 1. *D. de her. pet.* Quod et ipsum servari in rei vindicatione traditur in *L. officium*, *D. de rei vind.* Receptum hoc non utique ex proprietate verbi, cum isti vere non possideant; sed ex legis sententia actionem adversus possessorem constituentis. Non enim simpliciter constituit, sed ad hoc, ut qui possidet, rem restituat petitori. At tam potest restituere is qui tenet, quam qui vere possidet. Esto igitur eadem ratione et adversus eum qui rem tenet eadem actio, ut quod tenet restituat. Idque eo magis ex sententia legis dicendum est, quod plus juris habet in re, qui vere possidet, quam qui tenet dumtaxat. Quo fieri apparet, ut si eum lex teneri vult ad rem restituendam, qui plus juris habuit, tantum ideo quia rem restituere potuit; multo magis velit ad eamdem restitutionem teneri eum, qui minus habuit juris, si etiam is habuit rei restituendæ facultatem. Sane si quis tenet alieno nomine non quasi heres, aut quasi sibi possidens, ita tenetur petitione hereditatis, ut placeat absentis nomine ab eo petendam hereditatem: ipsius vero nequaquam, *L. nec ullam*, §. *si quis absentis.*

XV. Sunt, ut dixi, qui cum re vera neque rem possideant neque teneant natura, tamen juris interpretatione possessores sint, quia jure pro possessoribus habeantur. Eorum item duæ species: is qui se liti obtulit, et qui dolo desiit possidere. Qui se liti obtulit, quanvis neque possideat neque dolo possidere desierit, non solum petitione hereditatis tenetur tanquam possessor, sed et aliis omnibus in rem actionibus specialibus. *L. nec ullam*, §. *penult. L. qui se litis*, *D. de hered pet. L. is qui se. D. de rei vindicat.* Obtulisse se liti intelligitur, qui cum non possideret, ultro se possidere apud petitorem professus est, et hoc nomine se liti et defensioni suscipiendæ obtulit, *L. si qui se L. sin autem*, in princ. *D. de rei vind.* Sciendum tamen eum qui se liti hoc modo obtulit, non statim ut possessorem teneri, sed hac conditione omnino, si modo actorem eo mendacio deceperit: quemadmodum constanter declaratur in *d. L. qui se liti*, *de her pet.* et *d. L. is qui se*, *de rei vindic.* ut appareat in hac quoque specie unam istius offerentis tenendi caussam esse dolum ejus, qui dolus et ipse ex regula perpetua juris in hac caussa pro possessore habeatur, *L. qui dolo*, *D. de regu. juris.* Sic autem quis se liti offerendo actorem decipere existimatur, si duo hæc concurrant, puta et ipse qui se obtulit judicium acceperit, et actor ab initio litis ignorarit eum non possidere. Et ideo si quis, cum ante judicium acceptum liti futuræ tanquam possesor se obtulisset, idem etiam postea ante idem judicium acceptum se possidere neget, placet eum non teneri; vel hoc nomine maxime, quod *non decipiat actorem*, inquit Ulpianus, *qui se negat possidere, cum vere non possideret.* Quamquam et ille hanc rationem adjicit: quod non videatur se liti obtulisse qui discessit ab ea oblatione. Recte; hic enim antea futuræ liti se obtulit, at non præsenti

quæ per litis contestationem constituitur, quæ sola lis proprie dicitur: hoc Ulpianus in *d. L. is qui se*, circa fin. *D. de rei vind.* Quod tamen ita temperandum est ex *L. sin autem*, seq. in princ. *eod. tit.* nisi cum actor a Titio vero possessore petere vellet, aliquis dixerit se possidere, et ita liti se obtulerit ut actionem a Titio averteret. Eum qui id fecit, quanvis ante litem contestatam neget se possidere, placet nihilominus teneri et omnimodo condemnandum, *d. L. sin autem*. Merito: quia et hic decepit actorem, cui opportunitatem cum Titio agendi ademit, mentiendo se possessorem et se ut talem liti offerendo. Sed etsi is qui se liti futuræ obtulerat, in ea oblatione perseverans litem sit contestatus, aut etiam ante litem contestatam dixerit se possidere cum petitor adversus verum possessorem acturus esset, tamen placuit eum absolvendum esse, si probaverit actorem ab initio scivisse eum non possidere, *d. L. qui se liti*, *de her. pet.* Et hoc rursum ideo, quia tum non decipitur petitor. Qui enim ei qui se possidere dicit mentienti, cum eum mentiri sciret, simulat se credere et eum tanquam possessorem sequitur, is non ab alio, sed a se decipitur, ut est ratio ad hanc partem accommodata in *L. non si. D. de rei vind.*

XVI. Maxime autem tanquam possessor tenetur, non in petitione hereditatis tantum sed et in rei vindicatione, et generaliter in actionibus omnibus quibus possessio adversarii locum facit, quisquis est qui dolo (8) desiit possidere: traditum de petitione hereditatis in *L. nec ullam*, *§. pen. L. sed et si lege*. *§. perinde*, *D. de her. pet.* de rei vindicatione in *L. qui petitorio*, in pr. *D. de rei vind.* et ne in his generibus consistamus, generaliter regulis juris comprehensum est parem esse caussam ejus qui possidet et ejus cujus dolo factum est quominus possideret: item, qui dolo desierit possidere, pro possessore damnari: quia pro possessore dolus est, *L. parem*, *L. qui dolo.*

XVII. Unde eveniet, ut si postquam unus dolo fecit quominus possideret, alius possessionem occuparit, hic jam duo incipiant teneri; prior, quia dolo desiit possidere; posterior, quia vere possidet, *L. sed et si lege*, *§. perinde*, *D. de her. pet.* Hinc quæsitum num ita isti teneantur ambo, ut petitor simul ab utroque possit exigere; a possessore rem, ab altero litis æstimationem: an vero uno satisfaciente alter liberetur. Diceret statim aliquis motus regula juris, confestim alterum liberari; quia regula juris ita sit: *bona fides nos patitur*, *ut bis idem exigatur*, *L.* bona fides *non patitur*, *D. de reg. jur.* Sed hoc non placuit. De quo hæc distinctio juris recepta est, ut multum intersit utrum prius actum sit cum possessore, an prius cum eo qui dolo desierat possidere. Si prius cum possessore, et is rem petitam restitueret, aut pro re sustinuerit litis æstimationem, placeat hoc casu liberari eum qui dolo possidere desierat. Sin cum hoc actum sit prius, placet nihilominus adhuc teneri eum qui possidet, ut sic petitor a priore litis æstimationem consecutus, nihilominus a possessore possit rem petere quam ab illo consequatur, aut pro re aliam litis æstimationem. Exstat distinctio in hanc sententiam in *L. nec ullam*, *§. pen.* in fin. *D. de her. pet.* apertius in *L. Stichum*, *§. dolo*. *D. de sol.* Prior pars distinctionis citra controversiam vera est. Non enim solum congruit cum regula juris superiore quæ vetuit bis idem exigi; sed etiam hanc non levem rationem habet quæ redditur in *d. §. dolo* ; quod cum petitor rem cujus nomine agebatur a possessore consecutus est aut pro re æstimationem, nihil amplius ejus interest, utpote adepti jam quod solum principaliter persequebatur. Valetque usque eo hæc ratio, ut quanvis possessor rem nondum restituerit aut paratus sit restituere, sed tantum avertendi ab eo qui dolo rem amiserat judicii caussa, paratus sit ipse (9) judicium pati, placeat tamen sic quoque eum qui possidere desiit non teneri: tantum ideo, quia nihil petito-

(8) *L. 2. §. pen. Ne quid in loc. pub. C. pro possessore* 36. *de R. I. in* 6. Menoch. *Remed.* 1. *Adipisc. poss. n.* 63. *et* 2. *seqq.* Vult. ad *L.* 1. C. *ubi in rem agi n.* 35. Fingitur enim possidere ad hunc effectum, ut contra ipsum agi possit. Et ita juris interpretatione possessor est ratione incommodorum, ut sententia contra eum ferri queat: non autem quoad commoda possessionis: non utique ratione usucapionis. Dyn. in *d.* C. 36. *n.* 3. Phil. Matth. in *L.* 23. *de R. I. n.* 49. Atque hoc generale; nec recte Jason id restringit ad dolum commissum post litem contestatam, quem refellit Lud. Vital. 1. *Var. lect.* 17. Hæc vero actio non directa, sed utilis, Menoch. *d. loc. n.* 66. Alfons. Alvarez. in *Speculo Pontif. Imper. Regum etc. n.* 22. quia non vere possidet hic, ut ex verbis Senatusconsulti teneatur, sed possidere fingitur, Treutler. *Vol.* 1. *Disp.* 14. *Th.* 16. *lit. A.* add. *not. infra Lib.* 20. C. 3. *N.* 4.

(9) Ubi audiri ideo, quia cuilibet est potestas alium defendendi in judicio, præstita cautione *L.* 33. *§.* 2. *et* 3. *de proc.* vult. Heur. a Suerin. *Repet. Lect.* C. 18.

ris intersit agere cum alio de re sibi restituenda, cum habeat ipsum possessorem paratum eam rem restituere, si judicio pronuntiatum sit hanc petitori restitui debere: nisi forte ob alias caussas petitoris intersit non agere cum tali possessore, vel quia non sit solvendo, vel quia sit potentior quam ut petitor ille par esse possit: quæ sententia est *d. L. nec ullam, §. pen. de her. pet.* Posterior pars distinctionis, ut a prioris partis æquitate et a regula juris superiore, ut videtur, recedens, incidit non solum in dubitationem, sed etiam in varias reprehensiones quæ breviter diluendæ sunt. Negamus igitur, si prius actum sit cum eo qui possidere desierat, possessorem liberari.

XVIII. Primum hic statim opponitur superius membrum distinctionis; quo posito, videtur hoc posterius non tantum inique constitui a veteribus, sed etiam absurde. Quid enim, dicet aliquis, an si possessor de re satisfaciens petitori liberat eum qui dolum admiserat in re amittenda, non multo æquius est solvente eo, qui dolo possidere desierat, liberari possessorem, qui dolo caret? Nunc horum utrumque contra veteres in hac distinctione statuunt. Nam unius præstatione eum qui dolo versatus est liberant; eum qui dolo caret non liberant. An non igitur et inique et absurde? Respondeo: nihil hic neque iniqui neque absurdi: dicuntur enim ista rectissime propriis rationibus. Possessor rem aut litis æstimationem præstando liberat eum qui dolo possidere desierat, non quia nomine ejus solverit; solvit enim suo; sed quia rem petitam restituendo, aut pro ea litis æstimationem præstando adimit petitori omnem actionem quam prius ejus rei nomine habuit, fuit enim illi una actio de re ab alio possessa, ut ea sibi restitueretur. Nunc a possessore illi restituta est, quam consecutus, habet quod petebat, nec quidquam amplius ejus interest. Desinit igitur ullam amplius ejus rei nomine actionem habere: qua actione sublata, nihil habet quo experiatur cum eo qui dolo desierat possidere. Non enim actionem ex persona possessoris, sed ex jure petitoris æstimamus. *L. 1. §. 1. D. si pars. her. pet.* Dignus quidem fuit is qui dolo rem amisit, ut teneretur, si quidem esset, cui teneri posset. At jam teneri non potest ei qui ejus rei nomine quam jam consecutus est, actionem habere desiit. Contraria de caussa efficitur ut, eo qui dolo possidere desierat litis æstimationem præstante, non liberetur qui possidet. Nam ad hujus liberationem alterutrum necesse erat, ut aut ille solveret possessoris nomine, aut sua præstatione petitori actionem de re restituenda adimeret. At is condemnatus suo nomine, etiam suo nomine litis æstimationem præstitit et doli sui sustinuit pœnam. Quod reliquum erat, ne actionem quidem petitori de re competentem ea præstatione sustulit. Nam, ut dixi, actio illi erat de re ab alio possessa, ut ei restitueretur. Atqui eadem res adhuc possidetur ab eo a quo prius. Non mirum igitur, si etiam nunc post superiorem præstationem integra petitori manet adversus eumdem possessorem eadem actio. Ita hactenus istorum præstationes ad alterius liberationem recte distinguuntur.

XIX. Secundo loco opponitur superior regula juris, quæ negat bonam fidem pati, ut bis idem exigatur. Sed regula ad hanc speciem nihil pertinet. Qui enim prius consecutus est litis æstimationem ab eo qui dolo possidere desierat, si rem postea petat a possessore, apparet eum non idem petere quod prius consecutus erat, sed aliud. Nam nec prius litis æstimationem pro re possessa, sed propter dolum adversarii tanquam hujus doli (10) pœnam consecutus fuerat.

XX. Tertio objicitur *L. de illo*, juncta *L. electio*, in pr. *D. de nox. act.* ubi si dominus servum qui noxam nocuerat dolo malo alienarit, non minus in hac specie placet utrumque noxali actione teneri, et qui eum servum nunc possidet, et qui prius desierat dolo malo possidere. Et tamen adjicitur, si eum uno ex his agi cœperit, unius electione alterum liberari. Sed ne nos exemplum noxalis actionis hic moveat, Est enim de hac istorum duorum ab uno liberatione in actione noxali jus singulare a prætore constitutum, quod ad nullas alias actiones, sive in rem sint sive in personam, pertinet. Quoniam enim prætor constituebat actionem noxalem non solum adversus possessorem servi, sed etiam adversus eum qui desierat servum dolo malo possidere, quod posterius erat quodammodo contra naturam ejus actionis quæ caput sequitur: visum est illi hanc actionem adversus duos istos ita constituere, ut hanc potestatem adversus utrumque agendi temperaret. Sic ergo temperavit, ut vellet unius electione alterum

(10) Ita Briss. *Lib. 1. de Solut. pag.* 352. Doli pœna præstita ab eo, qui dolo possessionem amisit. In pœnalibus autem unius solutio alterum non liberat, sed sui quisque delicti pœnam suffert, add. Cujac. ad *L.* 14 *sub fin. quod met. ca.* Pac. 3. *Enant.* Q. 41.

liberari. Id enim ita a prætore introductum esse diserte scribitur in *d. L. electio*. In quo non tantum illud singulare est, quod constituit ut alienatoris domini præstatione liberaretur possessor servi, quod est præter exemplum actionum in rem; sed illud magis quod constituit, non ut unius præstatione liberaretur alter, sed unius electione (11) sola, quanvis is solvendo non esset. Quod certe constat non tantum contra naturam actionum in rem, sed etiam contra naturam omnium actionum in personam constitutum. Est enim certissima juris sententia, eum duo ejusdem rei nomine in solidum tenentur, non ideo liberari alterum, quia eum altero agatur; non enim electione unius, sed solutione alterum liberari, *L.* 1. §. *si apud duos*, *D. dep. L. si ex toto*, 8. § 1. *D. de leg.* 1. Et tamen si hoc ipsum in noxali actione non constitutum a prætore, sed a veteribus responsum esset, eo qui dolo servum possidere desiisset noxam servi nomine luente, possessorem servi liberari: nihil hic diceretur ei loco, quem tractamus, contrarium. Agimus enim de actione in rem, quo genere actionis aliud præstatur ab eo qui dolo desiit possidere, aliud a novo possessore petitur: ab illo litis æstimatio, ab hoc res possessa, ut non sit mirum, si unius rei præstatione alterius rei actio non tollatur. At in actione noxali quicumque hac actione tenentur, sive possessor servi, sive qui servum dolo possidere desiit, omnes tenentur ex uno maleficio servi et tenentur unius rei nomine, nempe ejus pecuniæ quanta ob maleficium debetur. Eo fit ut unus solvens alterum liberet, ut est in *L. qui servum*, *D. de interrog. in jur. faci.* Et merito liberentur: solutum est enim quod debebatur: ac solutione ejus quod debetur, tollitur omnis obligatio. *Inst. quib. mod. toll. obl.* Idque ita de unius ex duobus ejusdem obligationis reis solutione constanter ubique traditum legimus, *L.* 1. *D. de duob. reis*, §. *hujuscemodi. Inst. eod. L.* 8. §. 1. *D. de leg.* 1. *d. L.* 1. §. *si apud duos*, *D. depo.*

XXI. Postremo objicitur *L. illicite*, *D. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt.* Ubi proponitur tutor prædium pupilli quod jure tutelæ tenebat vendidisse sine decreto atque ita dolo malo desiisse tenere. Cumque tutor eo nomine conventus litis æstimationem solvisset; respondetur vindicationem prædii inhiberi: quod nihil aliud est, quam possessorem prædii ea solutione liberatum jam amplius vindicatione non teneri. Sed et hæc species multum distat ab ea quam tractamus, sive solventem spectemus sive eum qui possidet. In specie *L. illicite* is qui præstat litis æstimationem, est tutor. Is ita tenetur pupillo eo nomine, ut vicissim ei obligetur pupillus, ut probet ejus factum aut rum illo ne agat, *L. cum quæritur*, *D. de admin. tut.* Agimus hic de ea specie, in qua qui dolo desiit possidere ita tenetur, ut quanvis præstet litis æstimationem, nihilo tamen magis ei obligetur petitor, ut factum ejus probet, *L. is qui do'o, D. de rei vin.* Hoc amplius in specie *L. illicite* qui possidet emptor est qui rem dolo tutoris amissam emit a tutore. Hic autem quod dicimus, eo qui dolo possidere desierat solvente, possessorem non liberari, ita temperandum est ut de omni possessore dictum intelligatur, nisi qui a priore emit. Quod si emit, dicemus idem quod in eo qui a tutore emit, venditore nimirum litis æstimationem præstante, quisquis is venditor fuerit, et quanvis dolo rem alienarit, etiam adversus emptorem ejus actionem inhiberi, non tantum (12) petitionem hereditatis, sed et rei vindicationem. Priorem quidem cessare constat: quia qui emit neque pro herede neque pro possessore possidet, adversus quos solum hereditatis petitio competit. Sed nec magis adversus emptorem vindicatio dabitur: quia emptor omnibus defensionibus venditoris uti potest, *L. emptori*, *C. de evict.* Inter quas est hæc, ne iterum ejusdem rei nomine conveniatur, *L. bona fides*, *D. de reg. jur.* Convenitur autem si agitur eum emptore, quia is condemnatus regressum habet adversus venditorem: idque ita significatur in *L. quoties*, in princ. *D. si fam. fur. fec. dicat. L. qui servum*, *D. de inter. in jur. fac.* Hæc de possessione quam exigimus in eo cum quo petitione hereditatis agitur, in quo omnia sunt enm reliquis in rem actionibus communia.

XXII. Secundum exigimus proprium hu-

(11) Suerin. *Rer. Lect.* C. 18. Non ex secetatur, ait, ut solverit qui prius conveniatur: sed ut judicium tantum acceptum sit. Forsan inde quod non ita gravis dolus ejus qui rem suam alienavit. Neque in noxali de re sua ablata repetenda agitur, sed ad noxam reparandam, quæ res tanti momenti non videtur.

(12) Verum quidem hoc ubi titulus justus, etsi post mortem defuncti ab eo, contra quem petitio hæc tendit, modo non lite pendente quæsitus, ut *infra N.* 20. Sed in *d. L.* 10. titulus emptionis est injustus, emptione ipso jure invalida. Aptior itaque solutio prior. Et faciunt verba *d. L.* 10. ex *æquitate*, quæ convincunt aliud esse summo jure, sed non ita aspere eo pupillum uti debere, Cujac. ad *L.* 14. *in fin. D. quod met. ca.*

Jus petitionis, ut possideat rem aliquam hereditariam, *d. L. regulariter.* Quo duo significantur. Primum si quis rem nullam hereditariam possideat, quantumvis se heredem dicat et gerat pro herede, tamen eum petitione hereditatis (13) non teneri. Et recte: etsi enim qui ita se gerit videtur animo amplexus esse hereditatis possessionem (et finge eum agnovisse bonorum possessionem apud magistratum), tamen non simpliciter hereditatis petitio proposita est ad contendendum de jure hereditatis inter aliquos, sed hoc amplius ad obtinendum ut, si quid ex ea hereditate possidetur ab alio, id agenti, eidemque vero heredi restituatur: qui finis est hujus petitionis et omnium in rem actionum. Jam vero hereditatis jus, si per se solum spectetur, non est ejusmodi ut possit restitui. Est enim hereditas res non natura, sed jure consistens, quæ nec cernitur, nec tangitur; animo tantum et intelligentia concipitur, neque id solum, sed etiam ejusmodi quæ neque haberi potest ab eo, qui heres non est, neque ei qui vere heres sit præstari, quia jam satis suo jure hereditatem obtineat: ut proinde nihil sit in hoc jure, quod possit restitui. Si quid est quod restitui possit in hæreditate, solæ sunt res hæreditariæ singulæ quæ, ut teneri ab alio et vero heredi auferri possunt, ita possunt a possessore restitui heredi. Quo fit ut hæ solæ peti possint ad restitutionem, non ipsa hereditas, ubi quis solum sine ulla rerum hereditariarum possessione gerat se pro herede. Quid ergo, hæ hac petitione peti possunt? Et hoc alterum est quod non tam indicatur superioribus verbis quam exprimitur posse, non tantum si quis universas res hereditarias possideat, sed etiam si unam aliquam licet minimam, *L. regulariter. L. licet. D. de her. pet.* Sed an non huic parti adversatur definitio actionum in rem? Sic enim est in rem actio, ut dicatur semper competere adversus rei petitæ possessorem. *L. actionum. D. de obl. et act.* Neque hoc solum in actionibus in rem specialibus receptum est, sed etiam in petitione hereditatis: in qua et ipsa dicitur ab eo peti et vindicari hereditas a quo ea possidetur in *L. 2. C. de pet. her. L. 1. §. 1. D. si pars her. pet.* Atqui petitione hereditatis hereditas petitur, neque res hereditariæ, præsertim corporales, sunt hereditas. *Inst. de reb. cor. et incor.* Quo efficí videtur non posse peti hac actione res hereditarias. Sed non sane id efficitur. Quippe hac actione petitur hereditas, sed non sola. Petuntur hac actione eodem tempore et hereditas et si quid est rerum hereditariarum quod ab alio possidetur. Hereditas quidem principaliter; cum hoc primum intendat heres hereditatem suam esse et petat id ita esse pronuntiari, unde et omnis reliqua ejus petitio de rerum restitutione pendet. Sed hoc jure posito, per consequentiam veniunt et res hereditariæ singulæ, quas heres recte petat suo, idest hereditario jure. Nam si heres est, etiam ad jus ejus pertinent res omnes hereditariæ, quo jure etiam illæ nunc petuntur; efficiturque eodem jure ut, non hereditariæ solum universæ ab aliquo peti possint, si quis forte universa bona occuparit; sed etiam singulæ, si quis vel unam licet minimam possideat, *d. L. regulariter, L. licet, de her. pet.* At certe ille scrupulus adhuc hic restabit. Nam cum fateamur a possessore cum quo hac petitione agitur, non peti solum res hereditarias, sed etiam hereditatem eamque etiam principaliter: consequens est hic quoque superioribus utrumque pariter possideri debere ab eo cum quo agitur, ut sit adversus eum in rem actio, tanquam adversus utriusque rei petitæ possessorem. Et ne nos hæc objectio perplexos habeat cum horum utrumque fieri debere admiserimus; ne dubitemus etiam in eo, adversus quem hæc actio competit, utriusque rei possessionem admittere. Non enim simpliciter datur petitio hereditatis adversus eum qui rem hereditariam possidet: sed adjicitur conditio de qua mox, dum possideat pro herede prove possessore. Res autem sic habet, ut qui unam rem minimam pro herede possidet, is animo (14) hereditatem totam sibi tribuat; dicit enim

(13) Diss. Gomez in *l. Tauri* 45. *n.* 166. *fol.* 366. volens quod, etsi reus nihil possideat, si tamen contendat se heredem esse, efficax sit actio, cujus est vis ut judex sententia sua pronunciet heredem, adversarioque silentium perpetuum imponat. Effectus item ut si postea quandocunque reus reperiatur possidere, sententia executioni mandetur via summaria, prius implorato judicis officio. Hoc probari putat *L.* 18 *§.* 1. *h. t.* Sic quoque in *L.* 9. *h. t.* exponit verba: *Qui jus possidet*, id est qui dicit se heredem et pro tali reputatur. Quæ vix probanda: Nam ibi dicitur, vel jus possideri pro herede, vel res scilicet corporalis. Atqui et qui rem corporalem pro herede tenet necesse est se dicat heredem. Ergo jus ibi significat rem incorporalem ut *L.* 13. *§. ult. L.* 34. *in fin. L.* 35. *h. t.*

(14) Recte. Nam et hic universalis sit petitio oportet, licet executio fiat tantum in re una ca possessa. Cacheran. *Decis.* 84. *n.* 5. Etsi aliter Gœd. ad *L.* 24. *de V. S. n.* 11. appellationem nimirum huic actioni esse non

se heredem esse, idest non hujus aut illius rei, sed universi juris successorem. Nec dissimilis affectus et possessio est ejus qui pro possessore possidet. Sed id tum intelligetur melius, cum cognoverimus quid sit pro possessore possidere: ac tum etiam in ea parte hæc ratio a me exponetur. Ita plane jam intelligimus utrumque illud recte dici: neque hac petitione cum eo agi posse, qui hereditarium nihil possideat, quanvis se pro herede gerat, quod nihil sit quod restituat: et contra si quis quid hereditarium vel minimum possideat, eum etiam ut possessorem hereditatis hac petitione teneri.

XXIII. Tertium in possessore exigimus maxime præter cætera proprium hujus petitionis, ut quidquid hic quis possidebit, possideat pro herede prove possessore: scilicet ut, quanvis hereditarium quid possideatur ab aliquo, nisi tamen istis titulis possidet, non teneatur hereditatis petitione, *d. L. regulariter*. Qui locus postulat ut quatuor hæc explicemus. Primum, quis dicatur pro herede prove possessore possidere, et hoc quid sit. Secundum, cum in cæteris in rem actionibus quæ speciales sunt, nullum non dico hujusmodi titulum, sed nec ullum alium quemlibet in possessore requiramus ut adversus eum procedat actor; cur hunc titulum possessionis exigamus in petitione hereditatis præter actiones cæteras. Tertium, si hoc ratum est, hunc titulum hic exigi debere, unde et quomodo cognoscere possimus aliquem pro herede prove possessore possidere: quid enim si nolit titulum possessionis suæ dicere? Quartum et postremum, sit ne hoc perpetuum, non aliter quemquam petitione hereditatis teneri, quam si his titulis possideat.

XXIV. Ac primum illud constituamus de verbo, quid sit hoc pro herede prove possessore possidere. Et pro herede possidere definitur Ulpiano is qui possessionis suæ caussam dicens hanc afferat, quod dicat se heredem esse, sive se esse putet, sive non esse non ignoret: hæc enim sententia est *L. pro herede*, *D. de her. pet.* Sed adjiciendum est, qui se heredem dicit cum non esset. Nam et qui vere heres est et se talem putat, potest dicere se heredem: neque tamen is tenetur petitione hereditatis ullo modo. Etenim ei etiam non possidenti res hereditarias ultro competeret petitio hereditatis; quam vere heredi constitutam esse scimus. Proinde res ipsas possidenti, si ab alio petitione hereditatis conveniatur, multo magis retentione rerum hereditariarum competere dixerimus, *L. invitus*, §. 1. *D. de reg. jur.* Cur ergo id adjectum non est in *d. L. pro herede?* quia ex contextu præcedentium satis intelligebatur Nam de petitione hereditatis alicui constituenda hæc juris verba sunt, petitionem hereditatis competere et ad quem hereditas quoque jure pertinet. Unde illa quæstio, quomodo hereditas ad nos pertineat: quæstio exposita in *L.* 1. 2. 3. *de her. pet.* Adjicitur deinde, competere adversus eum qui quid hereditarium pro herede prove possessore possidet. Hæc jam connectantur inter se, efficietur hæc collectio: si vero heredi hæc petitio datur, istum pro herede possidentem, adversus quem ea dicitur dari, heredem non esse quoniam ex regula juris, uni duo in solidum heredes esse non possunt. *L. quod contra*, §. 1. *D. de reg. jur.* Sit igitur hæc plena definitio, ut pro herede possidere hic intelligatur qui cum heres (15) non sit, se tamen dicit heredem. Heredem non esse accipere debemus etiam eum qui cum alioqui jure ipso sit heres, non sit tamen effectu: qualis est, cui tanquam indigno aufertur jure hereditas, quo ex genere cum sit is qui testamento jure institutus heres tacitam fidem accommodavit ut non capienti testitueret hereditatem, *L. ex facto*, §. *Julius*, *D. de vulg. et pupil* ideo et hunc prædonis loco esse traditur in *L. prædonis*, 46. *D. de her. pet.* quod valet, eum tanquam prædonem petitione hereditatis teneri: sic tamen ut heredem se dicens intelligatur possidere pro herede; etsi mala fide possidens habeatur pro prædone, ut paulo post dicetur. Sed et eum non esse heredem, eoque et quasi pro herede possideat, petitione hereditatis teneri intelligemus, qui cæteris in rebus vere heres, non sit in ea re de qua agitur. Et ideo appellatione ejus qui pro herede possidet, intelligemus contineri hoc loco omnem, et adversus eum hanc petitionem dari, qui in usu juris pro herede possidere dicitur, etsi dicitur non uno modo.

a re subjecta quam actor persequitur; sed a caussa agendi, quia in hoc ore ac titulo fundata sit, sicuti et aliæ actiones, ex. gr. empti, locati, depositi, a jure agendi, non a re subjecta vel adjuncto nomina sortitæ.

(15) Putat tamen Cujac. 4. *ad African.* in *L.* 56. *h. t.* duobus casibus dari adversus verum heredem, qui in *L.* 32. *h. t.* Si vel patronus præteritus agat de bonorum possessione hereditatis petitione, vel exheredatus de inofficioso. Sed nulla hic exceptio, vid. *supra h. Lib.* C. 3. *N.* 7.

idque dissimili admodum significatione. Sic autem dicitur quis possidere dupliciter. Uno modo is, qui alioqui vere heres, possidet rem aliquam non hereditariam tanquam hereditariam, puta rem alienam inventam casu in bonis defuncti. Quo sensu titulus pro herede verus et justus titulus est: unde et hoc titulo heres rem alienam tanquam hereditariam recte usucapit, *L. pen. L. ult. D. pro her.* Altero modo plane e converso is qui rem vere hereditariam possidet, ipse non heres. Quomodo jam hic titulus possidenti ut non verus, ita nec justus est: possidet enim pro herede is quem verum non est esse heredem. Ideo placet nec quidquam hereditarium hoc titulo usucapi posse, *L. 1. L. ult. C. pro her.* Hæc, inquam, etsi in his verbis ambiguitas et significationis variatio est; dicimus tamen horum possessorum utrumque ut verbis et superiore definitione continetur, ita et petitione hereditatis teneri. De eo qui rem hereditariam possidet ipse non heres, nulla dubitatio est. Sed non minus verum est eum teneri petitione hereditatis, qua cum vere heres sit, rem non hereditariam tanquam hereditariam (16) possidet. Nam qui cæteris in rebus heres est, in hac non hereditaria non est heres. Itaque si in hac se heredem dicit, necesse est eo nomine petitione hereditatis teneatur ei, ad cujus hereditatem ea res pertinet. Et hoc plane est quod Ulpianus sensit in *L. nec ullam, §. Neratius, de her. pet.* cum ita scribit: ab herede peti hereditatem posse, etiam si putavit eas res, quæ petitione hereditatis vindicabantur, ex ea hereditate esse, quæ sibi delata est. Cum ei delatam aliquam esse ait, verum heredem esse innuit. Cum ait putasse eum quasdam res esse ex ea hereditate, significat eas cum ex ea hereditate non essent, possessas tamen tanquam hereditarias. Et si hæ ex aliena hereditate sint, aperte dicit eas pro herede possideri. Notandum, quod initio posui, non solum dici pro herede possidere eum qui dicens se heredem, etiam se talem putet; sed etiam qui se heredem non esse sciens, tamen se esse (17) mentiatur, *d. L. pro herede, de her. pet.* Cui contrarium videri potest quod dicitur eum qui scit hereditatem ad se non pertinere, non solum malæ fidei possessorem esse, sed etiam quasi prædonem teneri, *L. sed etsi lege, §. 1. §. si ante. D. de her. pet.* Hoc enim si verum est, videbitur hic possidere pro possessore, quod prædoni tribuitur in *L. pro herede*, in fin. *D. eod.* proinde non pro herede, quando ista inter se distinguuntur. Sed aliud est istum qui mala fide se heredem dicit, pro prædone haberi seu pro eo qui pro possessore possideat, aliud pro possessore possidere. Juris interpretatione pro prædone est, quia eadem pœna afficitur. Verbi significatione possidet pro herede, quia aliam caussam possessionis adfert, quam quod possideat, dum se heredem dicit, *L. qui interrogatus, D. de her. pet.* Nunc autem in his verbis definitione explicandis de verborum significatione quærimus, non de re et pœna utrique indicta: de qua postea in effectu hujus judicii dicetur.

XXV. Pro possessore possidet prædo, inquit Ulpianus *d. L. pro herede*, in fin. id est qui, cum sciret bona ad se non pertinere, ea invasit, *L. sed etsi lege, §. 1. §. si ante de her. pet.* Veruntamen non (18) simpliciter prædo, sed prædo qui nullam possessionis caussam adferat, qui idem interrogatus cur possideat, responsurus sit, quia possideo, nec contendat se heredem esse vel per mendacium, *L. qui interrogatus. L. nec ullam*, in pr. *D. eod.* Unde et appellatio nata est. Recte enim dicitur pro possessore possidere qui nullam aliam caussam possessionis reddat, quam ipsam pos-

(16) Vid Modest. Pistor. *P.* 3. *Q.* 126. Sed non est verus heres ejus cujus hereditas petitur.

(17) Quod recte declarat Wes. *h. t.* C. *n.* 23. modo tamen caussam habeat quam ostendere possit, quanvis commentitiam, ut si dicat se testamento scriptum, aut se proximum defuncto cognatum: item cum emit hereditatem a possessore mala fide. Non autem si nullam caussam afferre possit, rogatus unde ipsi titulus hereditarius; hic enim prædo *L.* 25. §. 3. *h. t.* add. Azo *in summa C. h. t. n.* 1.

(18) Verba Donelli hic ambigua videntur. Puto autem non hoc eum velle, quod non omnis prædo pro possessore possideat; sed quod non omnis qui sciens bona aliena tenet, prædo sit. Quippe omnis quidem prædo malæ fidei possessor est, sed non e converso: cum et qui titulum habet, sæpe mala fide possideat, prædo vero non sit *L.* 13. §. 8. *h. t. L.* 126. *R. I.* Ant. Faber. 26. *Err. Prag.* 9. *pag.* 50. Casp. Schifordegher. *Lib.* 2. ad Anton. Fabr. *Tract.* 28. *Q.* 6. qui et prædonis acceptionem quoque strictiorem esse senlit quam possidentis pro possessore: ut qui titulum habet jure invalidum sciens, prædo non sit per *d. L.* 126. etsi pro possessore possideat *L.* 13. §. 1. *h. t.* Plane qui prædo non est quoad titulum, et in hac materia dicitur prædo quoad apprehensionem possessionis injustam, *L.* 5. *de acq. poss.* vid. *supra Lib.* 5. *C.* 18. *N.* 1.

sessionem. Non solum autem pro possessore possidere intelligendus est qui nullam caussam possessionis dicat, sed etiam qui dicat eam quam ex ipsa pronuntiatione dicentis apparet esse injustam. Nam injusta et ipsa jure nulla est. *L. non dubium. C. de legib.* Hoc illud est quod Ulpianus scribit in *L. nec ullam*, §. 1. *eod.* omnibus etiam titulis inquit, hic pro possessore hæret, et quasi injunctus est. Omnibus titulis sic accipe, injustis et jure inutilibus; quod idem exemplis postea subjectis declarat. Et certe qui justo titulo rem hereditariam possidet, petitione hereditatis omnino non tenetur, ut mox amplius dicetur; nedum teneatur pro possessore, eoque et tanquam prædo. Titulos possessionis vocamus possidendi caussas. Sunt autem possidendi caussæ eædem quæ et acquirendi ejus quod nostrum non est: ut pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, et similes. *L. 3. §. pen. D. de acq. poss.* quales commemorantur in *L. 1.* et aliquot sequentib. *D. de publ. in rem act.* indicantur *tit. pro emptore*, et titulis sequentibus *D.* Hæ, inquam caussæ in usu juris appellantur tituli possessionum. Ut in *L. 1. D. pro dote. L. nullo, C. de rei vind. L. hereditatem. C. in quib. cau. ces. lon. temp. præs.* Dicti tituli a tuendo, id est intuendo et inspiciendo quod ex caussa cujusque possessionis, tanquam ex inscriptione quadam tituli licet intueri, cujus generis sit possessio, quæ huic caussæ subjicitur: sicuti ex titulis inscriptionum intelligimus subjectum argumentum. Ait ergo Ulpianus omnibus his titulum pro possessore hærere, et adjunctum esse; significans, ut ipse postea aliis verbis idem exprimit, hos omnes titulos recipere et in se habere titulum pro possessore, ut qui eos sive titulos sive caussas possessionis suæ alleget, intelligatur pro possessore possidere, atque ita teneatur petitione hereditatis. Sed (19) hoc, inquam ita, si appareat eos titulos jure nullos esse: quoniam, ut dixi, nihil interest utrum quis nullam caussam dicat, an eam dicat quæ jure nulla est. Exempla Ulpiani ad eam rem indicandam accommodata et subjecta postea, sic explicanda sunt. A furioso venditore nulla emptio est, quia furiosus nullum negotium gerere potest, *L. in negotiis, D. de reg. jur.* Ab uxore in maritum, a marito in uxorem profecta donatio nulla est: hæc enim inter maritum et uxorem jure civili improbatur, *L. 1. 2. 3. D. de donat. int. vir. et uxor.* Ab impubere puella nulla dos est, quia cum ea matrimonium non consistit, §. 1. *Instit. de nupt.* sine matrimonio autem dos non est. *L. 3. D. de jur. dot.* Finge ergo aliquem possidere rem aliquam hereditariam et possidere pro emptore, aut pro donato, aut pro dote, unamque ex his caussis et titulis possessionum dicere: sed emisse scientem a furioso, donationem accepisse ab uxore, dotis caussa accepisse ab impubere puella sibi juncta. Dicemus eum ex omnibus his caussis pro possessore possidere: quia re ita proposita appareat caussas jure nullas esse. Sed si is est, quem dicimus, qui pro possessore possideat, quæro illud, quod paulo ante attigeram, quomodo teneatur petitione hereditatis qui neque se heredem dicit, neque ullam omnino adfert caussam justam possessionis suæ. Concessimus enim jam ante, nec caussa est cur negemus, petitionem hereditatis, ut et omnem in rem actionem, non competere nisi adversus rei petitæ possessorem. Jam vero qui sine caussa ita possidet, ut diximus, quomodo dici potest possidere hereditatem ut sic tanquam ab ejus possessore recte petatur hereditas? Non male ne hoc quidem. Omnino qui possessionis suæ nullam aliam specialem caussam dicit in rebus defuncti hereditariis tenendis, is vi ipsa satis significat se pro herede gerere, atque hoc animo res possidere. Nam cum duæ rationes sint res defuncti obtinendi, legatum, et jus successionis universæ, quisquis per occasionem mortis defuncti sine legato res defuncti occupat, hoc ipso se successionis jure occupare declarat: ut proinde pariter adversus horum utrumque tanquam hereditatis possessorem recte constituatur petitio hereditatis, et eum qui pro herede possidet, et eum qui pro possessore. Quod si adversus

(19) Casp. Schifordeg. *d. Tract.* 28. *Q.* 7. addens quod sicuti titulus pro suo generalis omnibus veris et justis hæret, ita hic omnibus vitiosis et injustis. Sed hæc ita si titulum inutilem sciat, Cont. 1. *Disp.* 9. Requiritur enim ad hoc scientia et rei alienæ et simul injustæ possessionis. Hoc enim est quod in §. 3. *I. de interd.* vers. *pro possessore* etc qui *nullo jure*, id est sine titulo jure probato sciens ad se non pertinere, et ita mala fide etc. vid. Schifordeg. *d. Q.* 7. Quid si titulum nullum plane habeat, sed se habere putet? Si justa errori caussa, quo casu ad usucapionem titulus putativus proficit, ut *supra Lib.* 5. *C.* 15. *N.* 2. utique et hic. Covar *Pract. QQ Cap.* 12. *n.* 4. dissent. Achill. Personal. *Tr. de Petit. her. n.* 726. Recte ergo Cont. *d. C.* 9. pro possessore tenere qui nec titulum habet, nec se habere putat. Dissentit Schiford. *d. loc. Q.* 6.

hos tantum hereditatis petitio competit, et definitiones superiores eæ sunt quæ ostendant horum utrumque sine caussa possidere (nam et possidet sine caussa, qui pro herede possidet, cum non sit heres); nempe his definitionibus hæc jam summa efficitur, petitione hereditatis eum solum teneri qui rem hereditariam sine caussa possidet. Cui et illud consequens est, si quis rem hereditariam pro empto, vel donato, vel alio titulo possideat, hunc petitione non teneri, sed rem ab eo speciali in rem actione vindicandam, quod et ipsum expressum est in *L. hereditatis. C. de pet. her.* et *L. hereditatem, C. in quib. caus. cess. lon. temp. præs.* Neque vero parum interest, utra harum actionum agatur: cum qui rem ut suam vindicat, se dominum rei probare debeat, quæ sæpe difficilis probatio est: qui autem hereditatem petit, satis habeat docere se heredem; quod prolatu testamento aut ab intestatu probata cognitione, non est difficile. Sed et de fructibus perceptis aliter tenetur qui convenitur petitione hereditatis, aliter qui speciali in rem actione: de quo paulo post plura in ea quæstione quam hic quartam fecimus.

XXVI. Hoc posito, exoritur statim nobis sequens illa quæstio quam posuimus secundo loco. Nam rei vindicatio et similes speciales in rem actiones simpliciter adversus rei petitæ possessorem dantur, quibus et ille tenetur, quocunque titulo quanvis justissimo ille possideat, *L. officium, D. de rei vind. L. unica, C. de alien. mut. jud. caus. fac.* Cur ergo in petitione hereditatis, quæ et ipsa in rem actio est, possessionem quæ justum titulum non habeat exigimus; ab ea quæ titulum habeat hanc petitionem summovemus præter exemplum cæterarum in rem actionum? Et jus petituris maxime in his actionibus hanc dissimilitudinem facit. Nam in actione in rem speciali qui agit, dominus est aut pro domino habetur; ut creditor in pignore prosequendo, emphyteuta in fundo emphyteutico, superficiarius in superficiariis ædibus. Semper autem æquum est domino rem suam restitui, quisquis hanc et quocunque titulo possidebit: idque ita jus est, *L. officium, D. de rei vind. L. 3, C. eod.* Quod cum ita sit, frustra quæramus quo titulo reus possideat, cum quocumque possideat, semper æque rem domino suo eidemque actori restituere debeat. In petitione autem hereditatis agit is, qui heres est; nec rem ut suam petit, (20) sed ut heredi-

(20) Recte. Et convenit ratio Bart. in *L. 7 Cod. hoc tit. n. 3. et 4.* Hac agens, inquit, fundat se solum ex titulo suo et possessione defuncti. At qui possidat, habet titulum pariter ipse et possessionem. Necesse autem est jus agentis potentius esse, quam conventi. At qui alium titulum singularem allegat, potentiori jure utitur, cum ad titulum illi accedat possessio, quæ facit ut ipse dominus præsumatur, donec contra probetur, Wes. ad *tit. C. de inoff. n. 46.* Zas. *in Par. D. h. t. n. 7.* Gomez. *in L. Tauri 45. n. 158.* Sich. in *L. 2. Cod. hoc. tit. n. 5.* Wurmser *Lib. 1. Tit. 26. Observ. 1. n. 4.* Alfons. Alvarez. *in Speculo Pontif. Impp. etc. C. 70. n. 19.* et 20. Quia nec defunctus cujus jure hic utitur agens, potuisset auferre rem possessori aliter, quam rei vindicatione, Wes. *ad hoc tit. Cod. n. 21.* Et qui hanc rationem rejiciunt, Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 5. Vital. 1. *Var. Lect.* 16. mentem DD. vix assecuti aut recte accepisse videntur. Posteriorem rationem confirmat Cujac. 10. *Obs.* 1. Hereditarii, inquiens, nominis, jurisque controversiam non facit nisi qui pro herede vel possessore possidet, et idem in *Lib. 20. Pauli ad edict. ad L. 13. h. t.* Borch. *de Gradib. pag.* 671. Petitio, ait, hæreditatis contra eos tantum, inter quos et actorem lis super hereditate constare potest. Hi ansmodi sunt tituli et pro herede et pro possessore. Quia et reus hic sibi hereditatem asserit illo titulo quod heres ipse sit, hoc est quod possederit. At inter heredem et possidentem pro emptore lis esse nequit super hereditate, si ille se heredem contendat, hic se emptorem. Myns. *Decad.* 2. Resp. 12 *n.* 9. Officium petitionis huius est tractare de jure hereditario. Qui allegat titulum singularem, consentit plane vel non contradicit asserenti se heredem. Natura autem rei vindicationis versatur in contentione dominii, et qui titulum prætendit, adversarium dominum esse negat et Gilman. *Lib. 2. Decis. Cam* 49. *n.* 3. Covar. *Pract QQ. C. 12. n.* 2. Hæc ita obtinere statuunt in titulo vero et idoneo ad acquisitionem dominii. Nam eos qui ex caussa commodati, depositi, precarii, locati etc. quæ ad dominium nihil operantur, tenent, recte hac conveniri vult Zas. *in Par. h. tit. n 7.* Gomez. *d. lo. n.* 16 Alfons Alvarez. *d. n.* 20 Sed vid. Achill. Personal. *Tr. de Petit. hered.* n. 753. Quod si titulus post mortem ejus cujus hereditas petitur quæsitus? Actionem hanc admittunt plures, Castellian. Cotta *in Memoral. v. hered. petitio*, Matth. de Afflict. *Decis.* 228. Caccharan. *Decis.* 56. *n.* 4. Menoch. *Remed.* 1. *Adipisc. poss. n.* 92. Quod Gaspar. Ursill. *in annot.* ad Afflict. *d. loc. n.* 1. ita demum statuit, si quæsitus ab eo qui conveniri ipse hac petitione potuit: secus si ab alio. Verum accuratiori calculo alii etiam post mortem quæsito titulo hanc actionem excludi, Hot. post alios *Cons.* 18 *n.* 13. *et seq. et n.* 20. Personal. *d. lo. n.* 754. *et seqq.* Hubertin. Zuchari. *de Miss. in posses. n.* 465. *et seqq.* Fachinæ. 11. *Contr.* 4. Covar. *Pract. QQ. Cap.*

tariam. Porro non continuo qui heres est, idem et rei hereditariæ est dominus. Quid enim, si res hereditaria quæ nunc petitur, fuerit olim commodata defuncto dum viveret, aut apud eum deposita, aut ab eo bona fide possessa, cum aliena esset? Hæ res, mortuo eo apud quem fuerant, ex hereditate ejus sunt; ideo et tanquam hereditariæ in petitionem hereditatis veniunt, ut postea exponetur in rebus hujus actionis. Neque tamen res fuerunt defuncti: proinde nec eo mortuo fiunt heredis, qui in jus defuncti tantum succedens, eodem et ipse jure utitur, *L. qui in jus*, *D. de reg. jur.* Contra vero qui rem hereditariam justo titulo possidet, puta pro empto, donato, legato, fieri potest ut sit dominus illius rei prius commodatæ, aut depositæ, aut bona fide possessæ: ut propterea valde iniquum sit rem suam domino auferri, quam ipse non possidens ultro vindicare potuisset. Fieri quidem potest ut et ipse possessor dominus non sit. Sed et hoc æque incertum, atque illud an heres sit dominus. Unde cum utrinque res sit dubia, atque hoc modo pro caussa utriusque litigatoris, incipit in hac re fieri locus regulæ juris, ut in pari caussa potior sit caussa possidentis, *L. in pari*, *D. de reg. jur.* A quo igitur æquum est rem hereditariam possessam heredi hoc solo nomine quod heres est, restitui? Nempe ab eo, qui rem sine caussa possidet; qualis est solum qui possidet pro herede prove possessore. Nam heres hoc ipso quod heres est, plus juris habet in re hereditaria. quam is qui eam rem sine caussa possidet. Nec absurde hæc quoque istius differentiæ ratio reddi potest, quod quæ res aliis actionibus petuntur, quibusvis titulis possideri possunt, ut non sit metus ne propter possessoris titulum quemlibet non jure actio procedat adversus possessorem. Hereditas autem quæ nisi ab ejus possessore non recte petitur, quovis titulo possideri non potest, sed his tantum si quis tanquam heres possideat, aut per caussam mortis defuncti sine legato nactus sit possidendi actionem quam pro possessore possidere dicimus. Sic fit ut hereditatis petitio admittat hos duos solum titulos, quibus adversus possessorem hereditatis recte consistat.

XXVII. Sequitur igitur jam tertium quod proposuimus, ut postquam non aliter petitio hereditatis datur adversus rei hereditariæ possessorem, quam si horum titulorum altero possideat, idque etiam sine offensione reliquarum actionum in rem recte comparatum est; quæramus unde et quomodo actor scire possit, possessorem istorum titulorum altero possidere, ne frustra hac actione experiatur. Et hujus deprehendendi hæc ratio est quam actor in hac re sibi præscribet. Cum constabit id quod primum est, aliquem rem hereditariam possidere, aut pro ejus rei possessore haberi ad eum modum quo ante ista descripsimus: conventus hac actione reus prius quam lis cum eo contestestetur, interrogandus est in jure apud ejus rei judicem, qua ex caussa possideat. Ejus responsum id quod quærimus expediet. Nam si dicit nihil referre actoris ex qua caussa possideat, negatque ideo se ullam velle dicere: hoc ipso ostendit se pro possessore possidere, ut est definitio hujus

11. Gomez. *in L. tauri* 45. *n.* 163. Et probat Covar. *ex L.* 2. *in fin. Cod. hoc tit.* ita: Emptor hereditatis tenetur hac petitione, rerum vero singularum actione speciali *d. L.* 2. Atqui necesse est ut ille titulus adeptus sit post mortem. Ergo si apta oppositio, *d. L.* 2. ponendum emptorem quoque singularem ibi post mortem comparasse: alias incongrua esset collatio tituli universalis post mortem, et singularis ante mortem comparati. Deinde emptor quoque hereditatis qui nec ante mortem decessoris fingi potest, tantum certis casibus tenetur ut *supra hoc Cap.* 13. præterea rationes denegandæ hujus actionis non cessant. Nam nec hic negat heredem esse petitorem, sed dominum. De dominio igitur utrius id sit inquirendum. Gomezius amplius *d. loc.* non exceptionem tantum hanc reprobat, sed nec regulam ipsam de alio intelligi posse sentit, quam qui titulum post mortem acquisivit. Quia petitio hereditatis, ait, non competit, nisi de rebus tempore mortis a defuncto possessis et in hereditate relictis. Quando igitur titulus ante mortem quæsitus, res plane indubia non dari petitionem hereditatis; nec quæstioni locus. Sed fallitur in eo Gomez, *ut not. infra Cap. seq. N.* 1. Siculi nec concinna ejus illatio ex *L. pen. Cod. in quib. ca. cess. bon. temp.* verbis: *res quæ ex hereditate sunt vel fuerunt*; Res, inquit, non dicerentur esse hereditatis, nisi titulum possessor post obitum defuncti nactus. Male. Dici enim potest res hereditatis ratione juris vel dominii, etsi non sit ratione possessionis. Vera tamen hæc communis sententia (etsi non his a Gomez adductis firmetur) etiam tunc cum titulus habetur ab eo qui petitione hereditatis tenebatur, Covar. *d. Cap.* 12. *n.* 5. diss. Cacheran. *Decis.* 56. Ursil. at *supra* nisi lite pendente ab eo quæsitus, Covar. *ibid.* Busius ad *L.* 9. *et seqq. hoc. tit.* *n.* 3. Achil. Personal. *d. Tract. n.* 765. Gomez. *d. loc. n.* 159. ubi aliud statuit si a vero domino quis eum adeptus sit, etsi post litem contestatam: vid. tamen Zachart. minutatim hic distinguens *Tr. de miss. in possess. n.* 470. *et seqq.*

possessoris. Si se heredem dicit, declarat se possidere pro herede, ex hujus quoque possessoris definitione. Quod si se justo aliquo titulo proprio possidere dicat: interrogandus est quo. Si neget se cogi titulum dicere, inducetur hoc loco quæstio an sit cogendus. Res decisa in *L. cogi*, *C. de pet. her.* ut in actionibus quidem in rem specialibus nemo cogatur dicere titulum possessionis suæ: in petitione autem hereditatis, qua cum eo qui pro herede prove possessore possidet, agitur, cogatur horum alterum dicere, id est id dicere, unde intelligi possit utrum horum alterutrum sit, necne. Non potest autem hoc intelligi, si hoc reus tantum respondet, se proprio titulo possidere, neque exprimit quo. Quid enim si mentiatur? quid, si iste ipse titulus quem dicet sit injustus? quibus modis qui possidet, possideat omnino pro possessore. Sed cur in aliis actionibus in rem nemo possessor cogitur titulum possessionis suæ edere, in petitione hereditatis cogitur? Et ex his quæ de jure petitoris in his actionibus paulo ante diximus, satis sua sponte differentiæ ratio intelligitur. Diximus enim, in specialibus in rem actionibus agi cum eo qui rem petitam possidet, quocumque titulo possideat. Sequitur igitur, ut desideranti actori hunc titulum dicere ideo possessor cogendus non sit, quia hunc nosse ad actionem recte instituendam actoris nihil (21) interest. Si enim actor dominum se probat, rem evincet, quocunque titulo possideatur: si non probat, Jus facit, ut possessio in suo loco manere debeat, §. *possidere*, vers. *commodum, Inst. de interd. L. qui accusare*, *C. de eden.* At petitio hereditatis cum ita comparata sit ut non competat nisi adversus eum qui pro herede aut pro possessore possidet, omnino hoc exigit ut petitor ante omnia horum alterutrum norit, quo recte experiatur. Sed esto, intersit petitori id nosse: num idcirco id edere possessor cogendus est? Non videtur, dixerit aliquis; quia nemo cogitur adversus se tela adversario subministrare, *L. minus*, *C. de test. L.* 1. *C. de eden.* Dicendum est, cum in petitione hereditatis possessor respondet quo titulo possideat, nihil eum subministrare adversario, sed sibi. Nam si justum titulum specialem dicit, petitionem hereditatis in se non inducit, sed summovet. Si se dicit heredem, etiam hoc modo existimationi suæ consulit; cum si nullam omnino caussam possessionis adferat, suscipiat in se prædonis opinionem, quam a se amoliri omnium honestorum virorum interest. Quid tamen, si obstinate pergat nihil horum dicere? Dicemus eum qui nullam caussam possessionis dicat, hoc ipso indicare se pro possessore possidere, atque ita petitioni hereditatis locum facere: hæc enim, ut ante dixi, hujus possessoris definitio est, *L. qui interrogatus*. *L. nec ullam*, in pr. *de her. pet.* Sed et jus ita constitutum est, ut qui interrogatus in jure nihil respondet, silentium ei suum nocere debeat pro commodo actoris, *L. de ætate*, §. *qui tacuit*, *D. de inter. in jur. fac.* Quod si possessor qui justo titulo se possidere dicebat, etiam titulum dixerit, puta se emisse, rem sibi donatam, aut legatam esse: non hic consistet petitor, sed amplius interrogabit; in contractu, a quo possessor acceperit; in legato, cujus testamento et quo acceperit; quoniam ex conditione personæ auctoris, tum ex jure testamenti justa sit an injusta possessoris caussa intelligitur. Qui si de idoneis auctoribus, de testamento non palam vitioso responderit, non tenebitur petitione hereditatis. Itaque hic petitionem hereditatis silere oportet nec longius progredi. Sin se dixerit possessor emisse ab eo quem furiosum esse constaret, donatum accepisse ab uxore, et si qui sunt similes auctores a quibus justa caussa possidendi non est, tum intelligemus possessorem possidere pro possessore, atque ita locum fieri hereditatis petitioni.

(21) Alia ratio extat in *L. cogi* 12. *Cod. Th. de fide test. Lib.* 11. *tit. ult.* unde desumpta est *d. L.* 11. quia omnis probatio ab actore non a reo exigitur. Addit Wes. *h. tit. Cod. n.* 36. quod ea res pertineat ad exceptiones peremptorias reorum, ut omnino non conveniat tale quid actorem a reo exigere, cum nec judex exceptiones a reo non objectas exquirat vel suppleat. Et ita non cogitur reus edere titulum, scilicet ad commodum actoris. Ad excludendam vero intentionem actoris quandoque docere id compellitur, *L.* 16. *in fin. Cod. de probat.* nimirum ad commodum suum, ni condemnari velit, Wes. *h. t. Cod. n.* 51. Sich. *in d. L.* 11. *n.* 21. ut et quando pro actore præsumptio est, vid. *infra Lib.* 20. *Cap.* 2. *N.* 20. In nostra vero hac petitione cogitur ad commodum actoris, cum per hoc aperiatur via petitioni. Siculi enim remvindicaturus debet prius quærere an possideat reus, ne frustra cum eo litiget, ita hic an pro possessore vel herede; Quia tantum facit in rei viudicatione simplex possessio, quantum hic modificata, Azo *in summa Cod. h. tit. n.* 31. Et quando non possum agere simpliciter, sed tantum, ratione alicujus qualitatis de illa prius constare oportet, ut ex Castr. Sich. *d. loc. n.* 3.

XXVIII. Restat jam quartum illud et postremum, ut videamus sitne hoc sine exceptione perpetuum, non dari petitionem hereditatis, nisi adversus eum qui rem hereditariam pro herede prove possessore possideat: nam hic nonnullæ personæ dubitationem adferunt, quæ cum neutro horum titulorum proprie rem possideant, tamen observare liceat eas huic petitioni subjici. Et de eo ita statuendum est, neminem directa petitione hereditatis teneri, qui non possideat pro herede aut pro possessore: esse tamen qui cum his titulis re vera non possideant, teneantur utili, *L. nec ullam*, §. *quod si quis*, *D. de her. pet.*

XXIX. Quos ergo istos esse volumus? Jam enim effectum est hoc modo non teneri eos, qui se heredes dicunt, cum hi pro herede possideant, neque eos qui nullam caussam possessionis adferunt; nam hi pro possessore possident; sed nec eos, qui justo titulo speciali rem possident, quos placet omnino petitione hereditatis non teneri. Qui sunt autem præter istos, qui alio modo possint rem hereditariam possidere, ut dici possit res directa petitione hereditatis non teneri, at teneri utili? Hi sunt qui se eos dicunt, quales si vere sint, heredes quidem non sint re vera, jure tamen pro heredibus habeantur. Cujus generis possessorum species sunt hæ tres; bonorum possessor; fideicommissarius cui a non vero herede restituta est hereditas; item qui justo aliquo titulo hereditatem a non vero accepit: puta emit, aut accepit in dotem.

XXX. De bonorum possessore ita scriptum est in *L. pro herede*. *D. de her. pet.* sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere. Recte, videtur: quia re vera non possidet pro herede: bonorum enim possessores, etiam si vere tales sint, heredes non sunt, §. *quos autem*. Quam ob caussam directa petitione hereditatis quasi pro herede possideat, bonorum possessor teneri non potest. Multo minus quasi possideat pro possessore, qui istam caussam affert possessionis suæ bonorum possessionem. Sed idem cum jure civili heres non sit, jure prætorio pro herede habetur, *L. 1. 2. 3. D. de bon. poss.* Qua ratione jam recte dicitur, qui vere pro herede non possidet, pro herede tamen possidere videri. Unde et utilem adversus eum petitionem hereditatis esse oportet, quæ directa ex verbis juris esse non poterat.

XXXI. In eadem caussa est fideicommissarius, restituta ei a non vero herede hereditate. Finge aliquem testamento scriptum heredem esse, sed injusto testamento, rupto aut irrito, ut sic vere heres non esset: hunc tamen eo testamento rogatum hereditatem restituere Titio, restituisse. Scribit Ulpianus etiam in hunc fideicommissarium petitionem hereditatis dandam, similiter ut de emptore hereditatis prius responderat, *d. L. nec ullam*. §. *sed etsi retenta*, *de her. pet.* Cur ergo hic non tenetur directa hereditatis petitione? quia nec pro possessore possidet qui honestam possessionis caussam dicit; neque pro herede qui ex restitutione præcedente heres esse non potest, etiamsi maxime restitutam ab herede vero hereditatem accepisset. Sed ut bonorum possessor jure prætorio, ita hic restituta hereditate pro herede habetur ex Trebelliano, §. *restituta*, *Instit. de fid. her.* Quæ res facit ut similiter et hic videatur possidere pro herede; unde et utilis adversus eum hereditatis petitio.

XXXII. In eodem numero habendum esse placuit quisquis hereditatem a non vero herede emptam aut ex alia justa caussa acceptam possidet. In quo cum de emptore hereditatis dixero, facile quod jus sit in hac re reliquorum hereditatis ex aliis caussis possessorum intelligetur. Ergo qui emit hereditatem, placet in eum quoque dari utilem hereditatis petitionem, *d. L. nec ullam*, §. *quod si quis*, *de her. pet.* Sed qui emit hereditatem, inquam, non qui res hereditarias, quas qui emit, jam supra dictum est, eum petitione hereditatis non teneri, sicuti nec alium quemlibet rei hereditariæ possessorem qui rem justo et proprio aliquo titulo acceperit, *L. sed etsi lege*, §. *item si rem*. *D. eod.* *L. hereditatis*. *C. eod.* Eque in emptore ipsissima sententia est, de qua mox pluribus, *L. 2. C. eod.* Eum ergo dicimus nominatim qui hereditatem emerit. In eum, inquam, petitio hedereditatis datur, sed utilis, non directa, *d. L. nec ullam*. §. *quid si quis*. Cur ergo non directa? quia cum emptor hereditatis pro possessore non possideat, qui justam caussam possessionis suæ allegat emptionem; ne pro herede quidem ex hac caussa possidere intelligitur, qui etsi maxime emisset hereditatem a vero herede, heres tamen non esset, eoque nec se emptorem dicendo ullo modo heredem dicere intelligitur. Fiunt enim heredes aut testamento aut ab intestato lege; non fiunt conventione, §. *ult.* *Inst. per quas pers. nob. acq.* *L. hereditas*. *C. de pact. conven.* Sed id ut emptor tenetur

hereditatis petitione utili, quia et is ut superiores heredis (22) vicem obtinet. *L.* 2. §. *pen. D. de her. vel act. vend.* Unde et ei cum a vero herede emit, utiles adversus debitores hereditarios actiones tribuuntur. *L. emptor*, *C. de her. vel. act. vend.*

XXXIII. Enimvero ne hæc ipsa quidem utilis petitio hereditatis statim adversus emptorem hereditatis datur, sed sub conditione, si non expediat petitori hereditatem a venditore peti, seu si res aliter a venditore salva esse non possit: quod adjicitur in *d. L. nec ullam*, §. *quid si quis*, ut intelligimus, si res petitori salva esse possit a venditore, non posse hereditatem ab emptore peti. Quid ergo? vendita hereditate, etiam venditor tenetur petitione hereditatis? omnino, et is quidem directa, sive malæ fidei possessor fuerit, sive bonæ fidei. Nam si mala fide possedit, cum sciret hereditatem ad se non pertinere atque ita vendidit desiit dolo possidere; unde et perpetuo pro possessore habetur. *L. nec ullam*, §. *pen. L. sed etsi lege*, §. 1. *D. de her pet.* Sin bona fide vendidit quam suam putabat, tamen ideo semper tenetur: quia aut pretium jam consecutus est, aut certe habet actionem ad id petendum: quarum rerum utraque tanquam hereditaria venit in hereditatis petitionem. *L. item veniunt*, §. *ait Senatus placere*, *D. eod.* Sed multis modis accidere potest ut, cum venditor teneatur, tamen non expediat hereditatem ab eo peti, ac res ab eo salva esse non possit: vel quia abest, et incertum est quando redeat; vel quia præsens non est solvendo; vel quia modico distraxit, et bonæ fidei possessor est, cujusmodi possessores non tenentur ultra quam locupletiores facti sunt, *L. sed etsi lege*, §. *consuluit*, *D. de her. pet.* Atqui his casibus omnibus porrigentur manus ad emptorem, ut loquitur Ulpianus in *d. L. nec ullam*, §. *quid si quis*; id est, his casibus, omisso venditore hereditatis, pervenietur ad emptorem quem utili petitione hereditatis teneri diximus. Et hoc bonæ fidei emptori ita tribui æquum est. At quid si quis sciens alienam emit hereditatem? etiamne adversus eum eamdem distinctionem servabimus, ut non aliter perveniatur ad eum, quam si res a venditore salva esse non possit? Et Ulpianus in *d. L. nec ullam*, §. *si quis sciens* idem et in malæ fidei emptore hac in re servandum esse significat. Cum enim respondisset quosdam putare hunc quasi pro possessore possidere, et sic peti ab eo hereditatem posse: subjicit, non putare se hanc sententiam esse veram: neminem enim prædonem esse qui pretium numeravit; sed hunc ut emptorem universitatis utili teneri. Atqui utilem istam petitionem adversus universitatis emptorem idem Ulpianus prius dixerat dari solum ea conditione quam modo dixi, *d.* §. *quid si quis.* Istam igitur ipsam (23) conditionem et nunc adversus hunc emptorem servandam esse intelligit. Tum autem si hoc emptor statim teneretur utili petitione hereditatis, utique quasi pro possessore et pro prædone teneretur. At horum utrumque negat Ulpianus. Satis igitur hunc non statim, sed illa conditione quam dixi, conveniri judicat.

XXXIV. Hoc loco adversus superius utrumque tam quod de bonæ fidei emptore diximus, quam quod de malæ fidei emptore, oritur dubitatio ex *L.* 2. *C. eod.* atque adeo ea lex superiori sententiæ utrique velut ex professo adversari videtur. Nam quod ad malæ fidei emptorem attinet, in ea lege scriptum est eum qui dimidiam partem bonorum mala fide emit, quasi malæ fidei possessorem teneri et teneri ita, ut fructus omnes restituere debeat. Si is tenetur quasi malæ fidei possessor, tenetur et pro prædone: nam in hoc numero omnes malæ fidei possessores habentur, *L. sed etsi*, §. *si ante*, *ff. de her. pet.* At hoc Ulpianus negat in *d. L. nec ullam*, §. *si quis sciens.* Quod autem ad bonæ fidei emptorem, subjicitur in *d.*

(22) Et ita tenetur tanquam possessor pro herede, Wes. *hoc. tit. Cod. n.* 23. Quomodo adhuc. nulla exceptio regulæ prius traditæ, quod non detur contra possidentem alio titulo etc. Atqui hoc videtur fefellisse Parlad. 1. *Rer. Quotid* 5. dum ait DD. communem sententiam a veritate abhorrere. Nam quandocumque, sive ein to sive alio quocumque titulo habetur ipsum jus successionis universale, si hæc actio tenet, non tanquam contra alio (quam pro herede) titulo possidentem intentatur. Gravior lapsus est Vaudi 2. *Q.* 24. *n.* 5. statuentis ab eo qui titulo justo possidet, utrumque posse hereditatem peti, contra ipsa verba Jurisconsulti: *ita demum etc. L.* 9. *hoc t.t.*

(23) Non sequitur; sed hoc tantum quod, quia non pro possessore possidens tenetur, conveniatur ut possidens pro herede. Neque enim is semper bonæ fidei possessor est, vid. *supr. h. Cap. N.* 17. Et sane *d.* § 4. satis clare et restricte de bonæ fidei possessore loquitur.

*L.* 2. si emptor partem dimidiam bonorum bona fide emit, fructus solum restituendos ex quo lis contestata est: quo significatur ante perceptos a bonæ fidei emptore restitui non debere. At hoc ipsum nihil aliud est, quam bonæ fidei emptorem ne utili quidem petitione hereditatis teneri: quoniam in hac veniunt omnes fructus quandoque etiam a bonæ fidei emptore, et quidem ante litem cum eo contestatam percepti, tanquam qui ex hereditate percepti, et ipsi hereditarii facti sint: de quo postea in rebus hujus judicii dicemus, *L. ancillarum. L. post Senatusconsultum*, *D de her. pet.* Quod cum ita sit, et rescriptum tam ad hunc locum pertinens paulo obscurius sit et idem multo acceptum deterius, operæ pretium est de sententia ejus hoc loco paulo plura dicere, ut plane intelligatur sciaturque quam nihil sit in eo iis quæ de emptore hereditatis diximus, contrarium.

### *AD L. 2. C. DE HER. PET.*

XXXV. Et si cum vulgo interpretum in *d. L.* 2. agi putamus de emptore hereditatis, eoque et de petitione hereditatis quo is conveniretur, valde erramus, evenietque hic nobis idem quod illis, non solum ut pervertamus in totum sententiam ejus loci, sed etiam objectionem conantes diluere, quo plura attulerimus ad dissolutionem, eo magis non sine risu implicemus. Certe omnes fere partes ejus rescripti reclamant: sed tres sententiæ ejus rescripti evidentissime. Primum ajunt Imperatores, eum qui partem dimidiam bonorum bona fide emit, restituere solum fructus post litem contestatam perceptos. Falsum citra controversiam, si is emptor est hereditatis et petitione hereditatis convenitur: quia, ut jam dixi, fructus ex hereditate percepti, quandocunque percepti, sint, augent hereditatem, et omnes etiam a bonæ fidei possessore restituendi sunt, *d. L. ancillarum L. post Senatuscon., de her. pet.* Deinde hoc ipsum etiam adjiciunt imperatores; *fructibus*, ajunt, *augetur hereditas, cum ab eo possidetur, a quo et peti potest.* Quibus verbis, quid aliud significatur quam, cum hereditas petitur, fructus omnes tanquam hereditarios in petitionem hereditatis etiam adversus bonæ fidei possessorem venire? hoc enim sic explicatur in *L. item veniunt*, *§. item non solum*, vers. *fructus*, *L. sed etsi*, *§. ult.* et *L. ancillarum*, *L. post Senatusconsultum*, *eod.* Non ergo profecto Imperatores prius de petitione hereditatis senserunt, cum fructus dixerunt solum ex tempore litis contestatæ esse restituendos. Ista enim ratione non præcedentem sententiam confirmarent, sed everterent. Postremo hæc illorum oratio est in extremo; emptorem in proposito, qui proprio titulo munitus est, etiam jure rerum singularum conveniri. Si hoc intelligunt eum tantum jure singularum rerum conveniri, petitione hereditatis eum teneri prius non senserunt. Sin eumdem dicunt teneri et petitione hereditatis et rei vindicatione, quæ est actio singularum rerum, quam inepte adjiciunt hanc actionem qua multo minus petitor consequi potest de fructibus, quam petitione hereditatis? Sed vera sententia cognita, facilius quam longe isti a scopo aberrarint intelligetur.

XXXVI. Et omnino ita statuendum est, emptorem qui illic proponitur, rerum hereditariarum singularum emptorem fuisse, non hereditatis. Quod adeo ex verbis speciei illic propositæ cuivis mediocriter in jure versato promptum fuit intelligere, ut nihil magis. Et fecissent veteres illi sine dubio, nisi et titulo et quibusdam rescripti verbis decepti de petitione hereditatis illic agi statuissent, ex quo deinde et significationem verborum, quibus species illic proponitur, ad emptionem hereditatis potius trasferendam esse putarent. Nam primum, cum illud rescriptum collocatum esset sub titulo de petitione hereditatis, existimarunt etiam id ad petitionem hereditatis referri debere. Sed præcipue decepti sunt illis verbis rescripti: fructibus enim augetur hereditas, cum ab eo possidetur a quo peti potest. Hæc enim verba in speciem continent rationem præcedentium: quod si est, cum ratio concepta sit de petitione qua hereditas a possessore petitur, et uno verbo de petitione hereditatis, non possunt præcedentes sententiæ aliter accipi, quam ut intelligantur Imperatores in his de petitione hereditatis adversus hereditatis emptorem sensisse. Et ita vulgo interpretes illa verba acceperunt. Quod longe aliter faciendum fuit. Illis enim verbis non ratio præcedentia confirmans, sed contra objectionis superiora infirmantis occupatio continetur. Res ergo sic habet. Proponitur illic Musæus quidam a scripto herede qui vere heres non erat, emisse partem dimidiam bonorum defuncti: sic enim speciei propositæ verba sunt. Atqui bona, cum proprie et ex usu juris loqui volumus, non sunt hereditas, sed res singulæ hereditariæ. Quapropter illic Musæus non est emptor hereditatis, sed rerum hereditaditariarum. Quæ res facit ut nec petitione

hereditatis vel utili teneri potuerit, sed tantum rerum singularum petitione, ut supra dixi: quod et ipsum in extremo rescripti confirmatur, cum dicunt Imperatores emptorem in proposito singularum rerum jure conveniri. Sed de his verbis postea: prius de significatione verbi bonorum videamus. Et bona non esse hereditatem, utriusque rei sive definitiones sive attributa propria declarant. Hereditas est universitas bonorum quæ adjunctum in se habet æs alienum: quo fit ut hereditas omnis obliget heredem æri alieno, quo nomine et ipse tenetur ereditoribus hereditariis, *L. more*, *D. de acq. her.*, *L. nam etsi*, *§. ult. D. de inoff. test.* Bona contra adjunctum æris alieni incommodum non habent: sed dicuntur bona intelligi, quæ deducto ære alieno supersunt, *L. subsignatum*, *§. bona*, *D. de verb. signif.* Idque eam vim habet, ut in quem alicujus bona translata sint, is potestate ipsius verbi a creditoribus transferentis conveniri non possit, *L. mulier*, *D. de jur. dot.* Sed et bona defuncti esse res ipsas hereditarias diserte traditur in *L. non amplius* 26. *§. ult. D. de leg.* 1. ubi bonorum parte legata, rerum partes legatas esse responsum est, aut pro commodo et electione heredis rerum æstimationem. An dubitamus igitur idem multo citius intelligi debere, bonorum parte vendita, qualis emptio proponitur in *d. L.* 2? Sed de ea significatione dubitabitur fortasse in eo rescripto propter eas caussas quas ante dixi. Et bona quoque abusive interdum pro patrimonio et hereditate accipi legimus: ut cum testator rogavit bona sua Titio restitui, *L. nam quod*, *§. ult. D. ad Treb.* Ut ergo certius fiat, sie partem bonorum in *d. L.* 2. proprie intelligi debere, ut dixi, quo scilicet significetur pars dimidia rerum defuncti, deinceps quam reliqua verba rescripti ad eam speciem et eam solam recte quadrent cognoscamus. Et cum inter petitorem atque emptorem Musæum conveniret restitui petitori bona empta debere, quacunque actione ea repeterentur, omissa quæstione de genere actionis, quæsitum est de fructibus bonorum, quantum eo nomine Musæus restituere deberet; et num deberet eos tantum restituere qui post litem contestatam percepti essent, an vero et qui ante. Itaque et de eo solum respondent Imperatores, atque ita distinguunt. Si, controversia heredi scripto mota de hereditate defuncti, Musæus ab eo herede bonorum partem dimidiam emit controversiæ motæ non ignarus, Musæus malæ fidei possessor est qui hereditatem ab auctore suo petitam esse non ignoravit, *L. item veniunt*, *§. petitam*, *D. de her. pet.* Proinde tam ipse quasi malæ fidei possessor, quam heredes ejus fructus restituere coguntur: fructus, inquam, generaliter et sine exceptione; ut intelligamus hic a malæ fidei possessore omnes restitui debere, tam ante quam post litem contestatam perceptos. Hoc jus est in petitione hereditatis adversus malæ fidei possessores, quia sive fructus possident, restituere debent quos suos non fecerunt: sive non possident, ideo debent restituere, quia dolus pro possessore habetur, *L. sed et si lege*, *§. si ante*, *§. proinde*, *D. de her. pet.* Idem et in vindicatione rerum singularum obtinet, *L. sin autem*, *§. si homo*, *D. de rei vind.* Si vero, ajunt Imperatores, venditionem lite antiquiorem esse probetur, id est, si Musæus emit hereditatem priusquam lis de hereditate moveretur scripto heredi, et sic bona fide ab eo hereditatem emit; ex eo die fructus restituentur, ex quo lis eum emptore in judicium deducta est id est, ex quo lis est cum emptore contestata. *L. unica*, *C. de litis contest.* Quo significant, fructus ante litem contestatam perceptos ab emptore bonæ fidei non esse præstandos. Cur ergo illi ab eo qui bona fide possidere cœperat, restituendi sunt, hi non sunt? Quia lite contestata, qui prius bona fide possidebant, incipiunt pro prædonibus haberi, *d. L. sed et si*, *§. si ante*, *§. perinde*, *de her. pet.* Ante litem autem contestatam bonæ fidei possessor manere existimatur qui ab initio bona fide possidere cœperat. Jam vero fructus a bonæ fidei possessore percepti fiunt ejus jure naturali, *§. si quis a non domino*, *Inst. de rer. divis.* *L. bonæ*, *§. 1. D. de acq. rer. dom.* Hic sequitur objectio, quæ occupatione diluitur in rescripto illis verbis, *fructibus enim augetur hereditas, cum ab eo possidetur a quo peti potest. Emptor autem* et quæ sequuntur. Objectio hæc est: Atqui certi juris sententia est fructibus augeri hereditatem: exstat in *L. item veniunt*, *§. item non solum*, *vers. fructus*, *L. sed etsi*, in fin. *D. de her. pet.* cujus, ut ante attigi, non alia significatio est quam fructus ex hereditate perceptos, quandocunque percepti sint, fieri hereditarios: ideo etiam a bonæ fidei possessore esse restituendos, *d. L. ancillarum*, *L. post SC. D. eod.* Hic autem petuntur res hereditariæ a Musæo. Quocirca et fructus jam ab initio perceptos restituere cogendus est. Occupant igitur hanc objectionem Imperatores et hanc

regulam in hac caussa non obstare ostendant. Sane enim, inquiunt, fructibus augetur hereditas: sed hoc ne quis superiori sententiæ adversari existimet; id enim tunc locum habet, *cum hereditas possidetur ab eo a quo peti potest:* idest, cum possidetur ab eo qui petitione hereditatis conveniri potuit: hæc enim sola petitio est in quam isti fructus ut hereditarii facti veniunt. *At emptor qui proprio titulo possessionis munitus est*, qualis est in proposito Musæus, *etiam rerum singularum jure convenitur;* sensus est: At emptor qui proprio, id est singulari seu singularum rerum titulo res accepit, quemadmodum proprio et singularum rerum titulo munitus ad defensionem possessionis suæ; ita (24) *etiam rerum singularum jure convenitur;* id est, eo jure quod servatur in singularum rerum petitione, non autem in petitione universitatis seu hereditatis: scilicet quia singularum rerum hereditariarum emptor, qualis hic proponitur Musæus, speciali in rem actione de his rebus tenetur, non hereditatis petitione, *d. L. hereditatis. C. de pet. her. L. sed etsi, §. item si rem, D. eod.* Id autem jus est in istis actionibus de fructuum restitutione, ut ab eo qui hereditatis petitione convenitur, fructus omnes restituendi sint, quanvis et bonæ fidei possessor sit et perceperit ante petitam a se hereditatem: hucque illud pertinet quod dicitur fructibus hereditatem augeri: ab eo autem cum quo agitur speciali in rem actione, si quidem bonæ fidei possessor est, fructus solum restituendi sint ex quo lis contestata est: ante percepti, ut fiunt ejus, ita non veniunt in restitutionem. Hæc est, ut vera, ita germana sententia *d. L. 2. C. de pet. her.* in qua apparet, non solum quam vere diximus agi illic de emptore rerum singularum, eoque et de eo qui rei vindicatione seu speciali in rem actione teneatur, sed etiam in contextu quam omnia ad eam speciem relata cohæreant inter se et quam priora posterioribus, posteriora prioribus respondeant, omnia ad regulas et principia juris optime congruentia. Nec mirum sit id rescriptum sub titulo de petitione hereditatis situm esse, cum de speciali in rem actione, non de hereditatis petitione illic ageretur. Nam occurrebat in specie ejus loci regula petitionis hereditatis propria, quæ dubium faciebat, num et in ea specie utendum esset: nempe hæc, qua dicitur fructibus augeri hereditatem. Quam cum ideo Imperatores interpretati essent, merito ea interpretatio et ad petitionem hereditatis relata est.

XXXVII. Quibus de eo rescripto cognitis expeditum jam omnino est, quid de emptore hereditatis qui hereditatis petitione quanvis utili convenitur, itemque de superioris loci objectione respondeamus. Dicimus emptorem hereditatis, sive bona fide emit sive mala, dum pretium numerarit, teneri petitione hereditatis utili, sed ita, si res aliter petitori salva esse non possit. Cum autem ea petitione convenitur, ita teneri ut, cum fructibus omnibus augeatur hereditas, eos proinde quandocunque et quacunque fide perceptos restituere debeat. Nihil horum negatur in *d. L. 2. C. de pet her.* quia illic proponitur emptor non hereditatis, sed rerum hereditariarum, qui proinde jure singularum rerum tenetur: estque id jus positum in his duabus rebus; primum ut possessor statim conveniri rei vindicatione possit, quanvis res salva esse possit a venditore, *L. sed etsi lege, §. item si rem, D. de her. pet.* Deinde ut si bonæ fidei emptor est, non debeat fructus ante litem contestatam perceptos quos suos fecit, restituere. Sint ergo constituta ea quæ de emptore hereditatis utili petitione hereditatis coveniendo diximus.

XXXVIII. Quid tamen, si quis heredita-

(24) Consentire videtur, sed obscurius Parlad. *Rer. Quotid.* 5. *n.* 11. *et seqq.* Et sententia nostri est quod vocula *etiam* non implicet aliam actionem, sed sit vocula comparationis, ac si diceretur *similiter*: quomodo etiam exponit, etsi alias longe aliter *d. L.* 2. interpretans A. Fab. 17. *Conject.* 1. Azo autem *ad d. L.* 2. ita: id est non tantum tenetur ad restitutionem fructuum, sed et conveniri potest rei vindicatione, non vero petitione hereditatis. Et mihi sane hæc expositio Donelli, etsi speciosa, non plenius satis facit; sed quia nondum satis liquet, ampliare malo, quam temere et cum periculo quicquam definire. Enimvero Sichard. *in d. L.* 2. *n.* 1. intellectum prioris membri *d. L.* 2. inde decendere censet, quod in universalibus judiciis sola controversia mota, etsi per extrajudicialem denunciationem, tantum efficiat quantum in singularibus litis contestatio; atque ita per illam res vitio litigiosi afficiatur: proinde alienatio postea contingens jure prohibita et invalida, titulusque empti nullus. Sed nec hæc rem bene expediunt, per *not. infra* C. 14. N. 13 Plane quod ex verbo *bonorum* ducitur argumentum hic a nostro debile est, cum bona passim pro hereditate legamus. Et in *L.* 1. *C de her. vend.* hereditate vendita mox dicitur emptor bonorum etc.

tem a fisco emerit, quæ non erat fisci? etiamne hic in eadem caussa cum cæteris emptoribus habebitur? Ulpianus scribit etiam adversus eum æquissimum esse utilem actionem dari; ut intelligamus etiam hunc emptorem eodem cum cæteris jure in hac re haberi, *d. L. nec ullam*, *§. item si quis*, *D. de her. pet.* Videbuntur fortasse huic parti contraria *L. 2. L. 3. C. de quad. præsc.* quibus cautum est, ut qui a fisco rem quamlibet etiam in jure consistentem, proinde et hereditatem, emerint, statim tuti sint et solus rei venditæ nomine conveniri possit et debeat fiscus, idque intra quadriennium dumtaxat. Sed ut sunt superiora verba Ulpiani, nihil illæ constitutiones adversantur: non sane quod de illis Ulpianus senserit, quæ tam longo temporum intervallo postea secutæ; sunt enim prior Zenonis, altera Justiniani: sed quia superiora verba Ulpiani ita sunt, ut etiam ad has constitutiones certe aptari possint: neque novum est ut et priores leges ad posteriores, et posteriores ad priores trahantur, *L. non est novum*, et duab. seqq. *D. de legib.* Ait Ulpianus eum qui a fisco hereditatem emit, utili petitione hereditatis teneri. Atqui prius dixerat isti utili petitioni in emptore hereditatis tum locum esse, cum res a venditore petitori salva esse non potest, *d. L. nec ullam*, *§. quid si quis.* Nunc autem post constitutiones superiores, cum fiscus hereditatem vendidit, semper fiscus conveniri et potest et debet: fiscus qui et semper præsens est, et idem semper solvendo. Proinde etiam ex verbis Ulpiani, dum ita fiscus conveniri poterit, non pervenietur ad emptorem fisci. At enim Ulpianus vult aliquando saltem in istum emptorem utilem petitionem dari; quod superiores constitutiones prohibent. Minime vero id omnimodo prohibent, sed hac lege, si nihil vetet quominus fiscus conveniatur. At est interdum, cur non possit conveniri assentientibus etiam superioribus constitutionibus. Quid enim, si fiscus vendiderat ea lege, ne (25) teneretur?

XXXIX. Quod de emptore hereditatis diximus, generaliter probandum est in omnibus qui hereditatem a non vero herede ex alia quanvis justa caussa acceperunt, ut et hi similiter petitione hereditatis utili teneantur cum distinctione superiore. Exemplo est maritus, si forte ei mulier hereditatem in dotem dederit, *d. L. nec ullam*, *§. apud.*

XL. In hac parte de una specie dubitatum est, nempe de herede ejus qui pro herede prove possessore possedit, ecquid etiam hic heres petitione hereditatis teneatur necne. Movet dubitationem, quod prima fronte non videtur, aut pro possessore possidere, aut pro herede, aut pro eo qui heredis loco habeatur. Non pro possessore, qui se heredem dicit et hanc possessionis suæ caussam adfert. Non pro herede, qui vere heres est; cum diximus eum pro herede possidere, qui cum heres non esset, se heredem dicit. Multoque minus pro eo qui pro herede habeatur, cum se non talem, sed aperte heredem nominet et sit re vera, ut proinde videatur hic heres neque directa petitione hereditatis teneri neque utili. Sed placuit ab eo peti hereditatem posse eodem modo ut ab ejus decessore, et quidem ita ut teneatur, etiamsi ignoret pro herede vel pro possessore defunctum possedisse, *L. nec ullam*, *§. Neratius*, *D. de her. petit.* Et recte. Utcunque enim res a decessore superioribus titulis possessas possideat ipse bona fide et tanquam verus heres; tamen cum eas successionis jure ex persona decessoris sibi defendat, necesse est quo jure quove titulo decessor possedit, eodem et ipsas ab herede possideri: qui enim in jus alterius succedit, jure ejus uti debet, *L. qui in jus*, *D. de reg. juris.* Nihil ad rem pertinet, quod hic vere est heres ejus qui pro herede prove possessore possidebat. Sane enim in iis quæ fuerunt decessoris et vere ejus heres est: at non item in iis, quæ a decessore possidebantur pro herede vel pro possessore. Hæc enim aliena fuerunt, non decessoris. Nihil autem jure hereditario amplius pertinere ad heredem potest, quam habuit is cui successit, *L. hereditas*, *L. qui in jus*, *D. de reg. jur.* Et hoc est, quod supra diximus, pro herede possidere non solum eum qui rem hereditariam possidet ipse non heres; sed etiam qui vere heres possidet rem non hereditariam tanquam hereditariam: quod non obscure significatur in *d. L. nec ullam*, *§. Neratius.*

(25) Obscuriora quæ hic, et *supra Lib.* 5. *Cap.* 3. *sub fin* Donellus habet. Puto autem Donellum emptoris heredem *d. C.* 3. sub finem abusive vocare heredem, ad quem spectat hereditas ea quæ a fisco emptori alienata est; alias non video qui species poni possit. At quomodo, actum fisci cum emptore tertii jus et petitionem minuere possit pariter non video.

Quæ si recte dicuntur in herede ejus qui pro herede prove possessore possidebat, valeat jus idem et in herede earum rerum nomine quas defunctus pro emptore possidet: ut quemadmodum ipse emptor utili petitione hereditatis tenebatur quasi heres, sic teneatur et heres ejus, qui eodem jure et titulo utitur: hæc rursum in *d. L. nec ullam*, §. (26) *heredem.*

(26) Et ita noster *d.* §. 11. accipit, ubi defunctus emptor fuit hereditatis. Nam ubi res singulas titulo empti possedit, sicuti ipse non tenebatur, sic nec durior debet esse conditio heredis sui. Et male Hugolin. teste Cujac. 9. *Observ.* 25. intelligit *d.* §. 11. ubi quod defunctus possedit pro emptore, heres putat eum possedisse pro herede. Opinio imo heredis nec facit quo minus teneatur, nec quo magis. Ineptius alii: quia possidet quasi heres. Nam necesse est ut hac conventus dicat se heredem ejus de cujus hereditate agitur. Cujac. *d. loc.* Qui et ipse aliter quam noster *d.* §. 11. accipit ita: Legitimus idemque verus heres petit hereditatem a testamentario. Quæritur an in actionem veniant res tantum propriæ defuncti, an etiam ab eo emptoris aliove titulo possessæ? Hoc statuitur *L.* 19. *pr. ibi quarum nomine publiciana h. t.* vera per se quidem sententia, sed vereor ut interpretatio ad mentem et verba Jurisconsulti *d.* §. 11. apposita. Vereor ut præcedentium series et vis voculæ *etiam* eam patiatur. Taceo quod hoc modo sequeretur etiam res pro possessore, atque ita mala fide et sine titulo a defuncto possessas in hoc judicium venire contra mentem *d. L.* 19. *pr.*

## CAP. XIII.

Res hereditarias omnes quæ modo restitui possint, in petitionem hereditatis venire: et quæ sint res hereditariæ ad hanc petitionem pertinentes.

*Petitio hereditatis persequitur res hereditarias.* I.
*Has esse corpora vel jura; corporum genera duo et quæ.* II.
*Ex priore genere corpora illa quæ aut pertinent ad jus defuncti, aut ad ejus periculum.* III.
*Ad jus defuncti tria pertinere, et quæ sint.* IV.
*Ad periculum defuncti quæ spectent.* V.
*Ex posteriore illa quæ testatore defuncto sunt hereditati quæsita. Species corporum ejusmodi quinque.* VI.
1. *Quæ accesserunt rebus hereditariis.* VII.
2. *Quæsita per servos hereditarios.* VIII.
3. *Pecunia redacta ex re hereditaria, non aliunde et si per hujus occasionem quæsita. Pecunia illa quotuplex.* IX. X.
4. *Res hereditatis caussa comparatæ (quomodo tales): secus alio nomine, vel alii usui comparatæ ex hereditaria pecunia.* XI. XII.
5. *Fructus percepti quicunque rerum hereditariarum.* XIII.
*Item percepti a possessore bonæ fidei ante rem petitam: non idem juris in actionibus in rem specialibus, et quare.* XIV.
*Jura, quæ in petitionem veniunt, esse* 1. *actiones hereditati quæsitas. Has in personam quæri dupliciter et quomodo.* XV.
*Quid sit actiones speciales hereditarias in petitionem venire.* XVI.
*Quæ in personam speciales veniunt, in petitionem non uno modo. Triplex harum differentia. Unaquæque qualis.* XVII. XVIII. XIX. XX.
2. *Actiones extraneo possessori quæsitas ex re hereditaria. Has etiam esse hereditarias, et per cessionem rest tui.* XXI.
3. *Servitutes personæ defuncti aut prædi·s hereditariis jam ante debitas, ex his personales peti non reales: differentiæ ratio.* XXII.
*Res proprio jure quæsitas, licet antea hereditarias, aut ex re hereditaria, sive corpora, sive jura non venire in petitionem hereditatis.* XXIII.

I. Jam qui tertius locus est in artione recte instituenda, quibus de rebus sit hæc actio cognoscamus, sive quæ sint quæ petitione hereditatis specialiter petantur, sive quæ hereditate generaliter petita in hanc petitionem veniant. Et cum dixerimus, idque etiam titulus ipse actionis indicet, hac actione peti hereditatem, ac per hereditatem res ipsas hereditarias ab eo qui quid earum rerum pro herede vel pro possessore possidet, ut restituatur, *L. regulariter*, *L. licet, D. de her. pet.* satis hinc jam sua sponte intelligimus, petitionem hereditatis petere et persequi res hereditarias, et has ipsas esse quæ in hanc petitionem veniant; neque hoc solum, sed et hereditarias omnes in eam petitionem venire quæ modo sua natura restitui possint, ut ex divisione subiecta postea patebit. Itaque huc omnis redit bujus loci quæstio, ut videamus quæ sint res hereditariæ, quæ earum genera, et quam omnia subjiciantur superiori definitioni.

II. Res hereditariæ partim corpora sunt, partim jura: et has res universas in hoc judicium venire diserte traditur in *L. item videndum*, §. *ult. D. de her. pet.* Corporum hereditariorum, ut et cæterarum hereditariarum rerum, duo genera sunt. Unum eorum quæ olim a decessore, dum viveret, habita possessave sunt. Alterum eorum quæ illo mortuo primum hereditati quæsita, exinde hereditaria esse cœperunt.

III. Quæ olim a defuncto habita fuerunt et moriente eo sunt relicta, ea maxime proprie dicuntur hereditaria. Est enim proprie hereditas, cum in id jus succeditur quod defunctus habuit tempore mortis, *L. hereditas, D. de reg. jur.* Atque hæc duplicia sunt: quædam quæ ad periculum ejus duntaxat pertinuerunt: ex quibus priora in bonis,

posteriora magis ex bonis esse dicuntur. In jure defuncti, seu ad jus defuncti pertinuisse dico ea, in quibus defunctus (1) aut actionem ad ea persequenda habuit, aut ad tinenda exceptionem : quæ in usu juris dicuntur esse in bonis, *L. rem in bonis, D. de acq. rer. dom.*

IV. Hæc tria sunt. Primum quæ in dominio defuncti fuerunt : quorum nomine potissimum est illa persequentibus actio in rem, ac multo magis possidentibus ad retentionem exceptio. Unde et hæc maxime præter cætera dicuntur esse in bonis, *L. bonorum, D. de verbor. sign.* Quod si in hoc dominium hereditatis successio est, ut est, *L. cum heredes*, in pr. *D. de acquir. poss.* necesse est, quæ res hujus generis optimo jure fuerunt defuncti, easdem et post mortem ejus optimo jure fieri hereditatis. Itaque quin hæc corpora præcipue in hereditatis petitionem veniant, nulla dubitatio est: idque ita est, etsi a defuncto pignori obligata essent. Unde illud in *L. si qui*, 54. §. 1. *D. de her. pet.* heredem debitoris id quod defunctus pignori dederat, quin heredi atem petendo consequi possit, dubium non esse. Proxima sunt ea quæ, extra dominii aut quasi dominii jus posita, tamen ad jus defuncti ita pertinuerunt, ut nihilominus ad ea persequenda habuerit specialem in rem actionem. Cujusmodi sunt res pignori obligatæ defuncto, quarum nomine est hypothecaria actio in rem, *§. item Serviana, Inst. de act.* Res bona fide possessæ, de quibus est in rem actio Publiciana, *§. namque Inst. eod.* Cum sit autem hereditatis successio non in dominium tantum, sed et in omne jus defuncti, ac proinde in hoc jus, *L. hereditas, D. de reg. jur. L. heres in omne, D. de acquiren. hered.* ne hic quidem dubitandum est quin et hæ res post mortem defuncti hactenus ad hereditatem pertinentes, hacte-nus quoque fiant hereditariæ : quo nomine in hereditatis petitionem veniunt, *L. et non tantum*, in princ. *D. de hered. petit.* Est etiam in hoc genere tertius quidam ordo corporum eorum quæ, ab omni alio jure remota tantummodo ad defuncti retentionem pertinuerunt, dum ad eas retinendas solum habuit exceptionem, qualia sunt quæ, cum defunctus sine caussa teneret, de his conventus aut juravit deferente adversario ea actoris non esse, aut judicio absolutus est. Sic enim defunctus adversus actorem consecutus est ad res retinendas exceptionem, illic jurisjurandi, hic rei judicatæ: at non etiam ad eas persequendas actionem in rem. Non enim si juratum pronuntiatumve est petitoris rem non esse, ideo efficitur esse possessoris. Etiam in hanc exceptionem et retentionem ut in reliqua jura successio est. Quo efficitur similiter, ut in superioribus rebus ad jus defuncti pertinentibus, ut hæ quoque mortuo possessore hac de caussa fiant hereditariæ. Unde et de his petitionem hereditatis nasci placuit ad eas ultro persequendas ab eo qui eas pro herede tantum prove possessore possideat, *d. L. et non tantum*, §. 1.

V. Ex his corporibus quæ olim a defuncto habita sunt, quædam sunt, ut dixi, ita ab illo habita, ut in jure et bonis ejus non essent, pertinuerint tamen ad periculum ejus; quæ res in usu juris magis dicuntur esse ex bonis, *L. 2. §. in hac actione, D. de vi bon. rap.* Ejusmodi sunt res olim commodatæ defuncto, aut apud eum depositæ: in quibus ille custodiam ex bona fide naturæ contractus congruentem debuit, ut si quid in his præter bonam fidem periisset deminutumve esset, periculum esset defuncti. Hæ quoque vel ob hoc periculum mortuo decessore fiunt hereditariæ. Nam et hujus periculi successio est, ut non minus hæ res ad custo-

(1) Vult. in §. *actionum* 28. (*pri* 25.) *I. de act. n.* 73. requiri scribit, ut res quæ petuntur, fuerint tempore mortis ejus de cujus hereditate quæritur vel jure dominii, vel possessionis, vel defensionis. Falluntur igitur et fallunt qui in petitionem non venire volunt nisi res quas defunctus tempore mortis possedit et reliquit. Earum vero nomine quas tunc non possedit vel tenuit, necessariam esse rei vindicationem vel Publicianam actionem. Nec sufficere heredi si probet titulum et possessionem defuncti, sed quod cum moreretur possederit vel tenuerit defunctus est probandum heredi ceu caussam et fundamentum intentionis suæ, ita Gomez in *L. Tauri* 45. *n.* 156 Modest. Pistor. *Vol.* 1. *Cons.* 41. *n.* 8. addens non hic locum esse præsumptioni isti, qua olim dominus vel possessor etiam hodie censetur, cum ea tunc procedat quando dominium vel possessio præsentis temporis allegantur, non quando certum est alium nunc in possessione esse, et quando dominium non sana per legitimas probationes ostensum. Sed unde istud commentum, mirari subit! Hoccine conveniens vel consequens definitioni hereditatis: In universum jus quod defunctus habuit heres succedit. Totum igitur in hoc universale judicium deducitur, etiam posito quod nihil penitus possederit cum moreretur, sed res omnes ab aliis detentæ. Sed quia illud commentum ex omnibus quæ *toto hoc Capite* traduntur abunde convellitur, piget diutius insistere et in re manifestaria operam perdere.

diam et fidem heredis pertineant. Ideo placet non minus et has in petitionem et restitutionem hujus judicii venire, *d. L. et non tantum*, in pr. *de her. pet.* Sed qua ratione fieri dicemus ut hæ res, mortuo eo apud quem prius erant, hereditariæ fiant: cum hereditatis id solum sit quod defunctus habuit tempore mortis, *d. L. hereditas*, *D. de reg. jur.* non videatur autem defunctus in his quidquam habuisse? Immo habuit in his defunctus et commodum et incommodum. Agebatur enim in his amittendis periculum defuncti: ergo et in retinendis commodum: quandoquidem contrariarum caussarum contraria sunt effecta. Constant autem commoda et incommoda quæ in bonis defuncti fuerunt, mortuo eo, per successionem fieri hereditaria, *L.* 1. 2. 3. *D. de bon. poss.*

VI. Alterum corporum hereditariorum genus est eorum quæ, a defuncto nunquam habita, post mortem ejus primum hereditaria esse cœperunt. Ea sunt quæ hereditati primum sunt quæsita. Hereditas enim nondum adita pro domino habetur; ut quibus de caussis defuncto quid acquiri potuit, hæ caussæ si hereditate jacente intervenerint, idem hereditati tanquam alteri dominæ acquiratur, *L. hereditas*, 61. *D. de acqu. rer. dom.* Unde necesse est et quæ ita quæsita sunt fieri hereditaria. Nec movebimur eo quod hereditas dicitur esse successio in id jus quod defunctus habuit, *L. nihil*, *D. de verb. sig.* *L. hereditas*. *de reg. jur.* Nam et ista, quæ postea hereditati quæsita sunt, videntur a defuncto haberi ideo, quia hereditas defuncti personam sustinet, *L. in eo*, §. *ult.* *L. hereditas*, seq. *D. de acq. rer. dom.* Hujus generis corporum ereditariorum quinque sunt species, quæ et ipsæ hac petitione tenentur: quæ rebus hæreditariis accesserunt: res per servos hereditarios quæsitæ: pecunia a possessore redacta ex re hereditaria: res a possessore hereditatis caussa comparatæ: item rerum hereditariarum fructus.

VII. Quæ rebus hereditariis accesserunt fiunt hereditaria ideo, quia rebus hereditariis cohærentia, iisque cedentia, earum rerum aut dominii partem efficiunt: quamobrem et ipsa veniunt in hereditatis petitionem, *L. item veniunt*, §. *non solum*, *D. de pet. her.* Hujusmodi sunt quæ per alluvionem accreverunt, item ususfructus rei hereditariæ, qui finitus ad proprietatem redit.

VIII. Res per servos hereditarios quæsitas hereditati acquiri constat: et si dominus quæritur, ex cujus persona valeat quod a servis gestum est, et cui servi acquirant, ipsa hereditas, ut dixi, domina habetur: ex cujus velut persona tota hæc acquisitio consistit, *d. L. hereditas*, 61. *de acq. rer. do.* *Inst. de stip. serv.* Sunt igitur et hæ ex hereditate, proinde eæ quas dicimus hereditarias: ut minime dubium sit quin hæ in hoc judicium veniant, *L. per servum*, *D. de her. pet.*

IX. Pecunia omnis ex re hereditaria redacta, quamvis non sit in fructu (nam de fructibus dicetur separatim postea) et ipsa hereditaria habetur: eoque etiam nomine venit in petitionem hereditatis: quod ex partibus intelligetur. Hujus enim generis pecunia triplex est; pretium rerum ex hereditate distractarum; pœna pretii tardius soluti, quando hæc vice pretii est, et ejus quod venditoris interest, *L. prædia D. de act. em.* tum quod exactum est a debitoribus hereditariis. Atque harum pecuniarum unaquæque in ea caussa est, ut quisquis quid earum possideat pro herede vel pro possessore, placeat eum petitione hereditatis teneri: de pretiis rerum distractarum traditum in *L.* quod *si in diem*, §. 1. *L. item veniunt*, §. *ait senatus placere*, *L. sed et si*, §. *petitio*, *antep. D. de her. pet.* quibus annumerari oportet et litis æstimationem, si quis eum tanquam heres hereditatem a rei petiisset hereditariæ possessore, hanc æstimationem sit consecutus, de qua in *L. quod si in diem*, §. 1. *D. eod.* Nam et litis æstimatio emptionem facit, *L.* 3. *D. pro empt.* *L.* 7. §. 1. *D. de publ. in rem act.* De pœna pretii tardius soluti est in *L. utrum*, §. *ult.* *eod.* de pecunia a debitoribus hereditariis exacta in *d. L. quod si in diem*, §. 1. *L. sed et si*, §. *petitio*. Illud de pretiis rerum ex hereditate distractarum tenendum est, sic ea esse hereditaria, et venire in petitionem hereditatis, nisi re vendita evicta, aut redhibita, vel aliter inempta facta, coactus sit possessor restituere quod accepit. Sic enim non videtur pretium pervenisse ad eum, quod non permansit. Sed nec videri potest pretium venisse ab initio ex rebus hereditariis distractis, ubi aut res non fuit hereditaria, aut venditio rescissa est: hoc in *d. L. item veniunt*, §. *ait senatus placere.* Sint ergo pretia hereditaria illa quæ, manente emptione et evictione cessante, manserunt. At quo jure hæc hereditaria, cum neque a defuncto per successionem percepta sint, neque ab hereditate in qua prius non fuerunt? Satis intelliguntur percepta ex hereditate, quæ ex re hereditaria percepta sunt. Et certe si mercedes a colonis acceptæ,

item vecturæ navium et jumentorum, quæ res ex solo usu rerum hereditariarum percipiuntur, hoc ipso hereditariæ habentur, quia sunt profecta ex parte rei hereditariæ, *L. mercedes*, *de her. pet.* multo magis eas pecunias hereditarias haberi oportet, quæ ex solida re hereditaria sunt profectæ: ubi scilicet pretium pro re ipsa tota translata accipitur, pecunia soluta pro actione tota quæ ea præstatione remittitur. Ideo recte dictum est in oratione divi Hadriani quæ refertur in L. *si et rem* in fin. *D. eod.* posse existimari pretium quod ex re hereditaria distracta possessor percepit, in locum rei hereditariæ pro qua acceptum est (2) successisse, atque hinc quodammodo hereditarium factum. Quod de pretio dictum, et aperte ad cæteras pecunias superiores pertinet.

X. Sed notandum hic exigere nos ut pecunia percipiatur ex re hereditaria. Quod si extrinsecus accidet, etiamsi maxime percepta sit per occasionem rei hereditariæ, non tamen erit hereditaria, nec veniet in hereditatis restitutionem, sed lucro possessoris cedet, *L. item veniunt*, *§. non solum*, *D. eod.* Pecuniam ex re hereditaria percipi recte diximus, eum pro re ipsa tradita, remissave, ut in superioribus pecuniis, aut pro usu rei, ut in mercedibus rerum locatarum, pecunia permutationis quodam genere percipitur. Cum autem neque accipitur pro re ipsa hereditaria quæ ea de caussa absit, neque pro usu ejus rei locatæ, sed proficiscitur ex stipulatione tantum possessoris alterius rei obtinendæ caussa interposita; tum pecunia percipitur extrinsecus nec est hereditaria, etsi res hereditaria illi rei querendæ atque illi stipulationi occasionem præbuerit. Indicant id exempla *L. at ubi*, *D. de her. pet.* Possessor hereditatis vi dejectus de fundo hereditario, cum pollieeretur adversarius se eum fundum intra certum diem restituturum, stipulatus ab eo est sibi intra id tempus restitui. Ni ita restitutus esset, stipulatus est pœnæ nomine decem. Non est restitutus: pœnam commissam petiit et hanc consecutus est. Quandocunque hereditas ab isto possessore petetur, hæc pœna non veniet in petitionem. Non enim est percepta pro prædio aut pro usu prædii, ut quis dicat ex re hereditaria quæsitam: sed proficiscitur ex stipulatione possessoris, et hæc interposita ut possessor restitueretur in fundum: quæ certe restitutio non est hereditaria. Item, possessor cum pro herede se gereret et talis haberetur, egit eum debitore hereditario, et initio litis, ut olim moris erat, stipulatus est eum ad certum condictum diem judicio sisti: ni sisteret, pœnam. Cum promissor non stitisset, possessor pœnam commissam exegit. Ne hæc quidem pœna pro re hereditaria aut usu rei percipitur, sed ex stipulatione possessoris accedit, et ea quidem judicio sistendi caussa interposita: quod ut fiat aut non fiat, nihil est in eo hereditarium. Sive enim fiat, nihil inde hereditati accedit: sive non fiat, nihil propterea hereditati detrahitur. Ideo recte placet ne hanc quidem pœnam hac actione peti posse, aut instituta adversus possessorem hereditatis petitione eam pœnam restitui debere: quæ sententia est *d. L. at ubi*.

XI. Res quoque hereditatis caussa com-

(2) Quam regulam vulgo admittunt in universalibus judiciis solum non in particularibus, maxime personalibus *L.* 21. vers. *sed huc de hered. vend. L.* 48. *§. ult. de furt. L.* 38. *§.* 2. *de nox. act. L.* 7. *in fin. Qui pot. in pig.* vid. Tiraq. *de Retr. lignag. §.* 32. *Gl. un.* n. 21. et Muller. 1. *Semestr.* 41. n. 10. Cujac. 2. *ad African.* in *L.* 23. *de reb. cred.* Goth. *in d. L.* 48. *§. ult. de furt. L.* Russard. in *L.* 13. *§.* 1. *de V. S. inter opera posthuma* Donelli Jacob. Schultes *in addit* ad Modest. Pistor. *P.* 2. *Q.* 60. Ant. Fab. *C. Fabr. de R. V. definit.* 5. Rationem differentiæ reddit Faber, quis in his singularibus judiciis pretium non ex re mea est, sed propter negocium contractum percipitur *d. L.* 21. *de her. vend.* Sicuti et contra quod ex pretio redacto ex re vendita comparatur, non pretii, sed conventionis potestate acquiritur, *L.* 8. *C. si quis al. vel sibi* Hereditas autem juris est et rem unam æque ac aliam, pretium æque ac rem, et rem ex pretio comparatam æque ac pretium complectitur. Et Cujac. *d. loc.* specialle esse in petitione hereditatis, ut pretium ex re sit hereditarium, et in judicium veniat. Quia hac actione qui tenetur præsumitur agere veluti heres, et tenetur quoque jura et actiones præstare. Si actiones; igitur et pretium quod exegit actionis jure. In rei vindicatione vero res tantum veniunt, nec pecunia ex re mea censetur. Nec quemquam moveant quæ contra adducit Gœdd. ad *L.* 14. *de V. S.* n. 21. *et seqq.* Longe enim aliud est quærere an valor et æstimatio rei in locum rei succedat, ut ipsa re perempta præstanda sit; quod illis casibus de quibus Gœddeus tractat, DD. non negant; aliud an pretium negoliationis. Ut temere vulgari heic distinctioni firmissima LL. citatarum fulcro subnixæ obloqui videatur, tanquam non recte perceptæ, eove sensu quo ab auctoribus traditur, acceptæ.

paratas et ipsas hereditarias fieri placuit, et hoc nomine in petitionem hereditatis venire: neque id solum si pecunia hereditaria emptæ sint, quod minus dubitationis habet; sed etsi non pecunia hereditaria, *L. item veniunt*, in pr. *D. de her. pet.* At quomodo hæ hereditariæ, quæ neque profectæ sunt a defuncto, neque prius fuerunt in hereditate? Incipiunt videlicet fieri hereditariæ, cum hereditatis caussa comparatæ sunt, tanquam hoc facto hereditati quæsitæ. At quo jure quærantur hoc facto hereditati? Eo jure, quo res quævis etiam per extraneam maxime personam alteri acquiritur. Quisquis enim rem aliquam alterius nomine possidet, ejus rei possessionem illi acquirit, et per possessionem dominium. *L. traditio*, §. *ult. D. de acq. her. dom.* §. *ex his*, *Inst. per quas per. nob. acq.* Possessor autem qui rem nomine hereditatis comparavit, declarat se eam rem hereditatis nomine possidere. Quare et hoc facto una eum possessione res quoque ipsa hereditati acquiretur. Qua ratione recte visum est res ita comparatas hereditatis fieri, etiam si non pecunia hereditaria comparatæ sint. Nam et quæ pecunia possessoris parantur, in his possessor eodem isto affectu est, ut possideat hereditatis caussa: quo ex affectu hæc acquisitio nascitur. Sed res hereditatis caussa comparatas esse oportet, ut fiant hereditariæ. Id autem fieri existimatur, si duo hæc concurrant, ut et comparentur hoc consilio, quo hereditati serviant, et consilium eventus sequatur, ut hereditati ex usu sit eas emi: ut si sint jumenta, si instrumenta colendo agro hereditario necessaria, *d. L. item veniunt*, in pr. §. 1. *de her. pet.*

XII. Quod si possessor non hereditatis caussa quid emit sed sua, aut emit quod hereditati usui non esset, res fit ejus, eoque nec venit in hereditatis petitionem: idque ita esse placet, etsi rem emerit ex pecunia hereditaria, *d. L. item veniunt*, §. 1. *L. sed etsi*, in pr. *eod.* Sed hoc posterius tale est, ut in eo non abs re hæsitetur. Jam enim diximus pecuniam quæsitam ex re hereditaria, puta pretium fundo hereditario distracto, fieri hereditariam, tantum ideo quia ex re hereditaria percepta est. Cur non igitur eodem modo dicimus rem ex pecunia hereditaria paratam fieri hereditariam: cum et hanc quoque verum sit quæsitam esse ex pecunia, proinde et ex re hereditaria? Et certe idem utrobique probandum esset, si ut ex re hereditaria potest pecunia percipi, sic dici posset res ulla parari posse ex pecunia hereditaria. Sed non ut prius proprie dici potest, ita et posterius. Species enim illa, ex qua pecunia confici potest, sive servatur intacta in hereditate, sive tractatur et alienatur a possessore, semper una est et eadem, semper item certa: ut ea specie quandoque vendita, non possit dici pecunia pretii quæ inde paratur, aliunde quam ex ea re proficisci: erat autem ea res hereditaria. Non sic pecunia in hereditate inventa. Eam simulatque possessor attingere et ea uti cæpit, ipsa species quæ tractatur desinit esse hereditaria, et pro ea incipit deberi genus, seu in genere tantumdem. Argumento est, quod possessor quanvis bonæ fidei, ea pecunia alienata semper ejusdem summæ nomine tanquam personali actione tenetur, *L. sed etsi lege*, §. *petitio*, *D. de her. pet.* Quod certe non fieret, nisi ea pecunia quæ prius debebatur, mansisset in hereditate; cum possessores bonæ fidei, earum rerum nomine quas sine dolo malo possidere desierunt, non teneantur. Neque vero potuit videri ea pecunia in hereditate manere, nisi prius in genere debebatur, non illa certa species nummorum quæ alienata est. Tum autem quomodo illa pecunia quæ pro rebus comparatis numerata est, alienata esset et res emptas faceret possessoris, si ipsa esset adhuc hereditaria, idest aliena? Non posset: cum sciamus in emptione nummos fieri debere venditoris, ut videatur pretium illi esse solutum, *L. ex empto*, in pr. *D. de act. em.* venditæ vero res et traditæ non aliter emptori acquirantur, quam si is venditori pretium solverit ac propterea nummos ejus fecerit. §. *venditæ. Inst. de rer. divis.* Quæ si ita sunt, efficitur, eum possessor hereditatis rebus hereditatis suo nomine comparatis pecuniam simul ex hereditate, unde pretium solvat, dici posse eum comparasse res ex pecunia quæ ante hereditaria fuit, quomodo ἀνα-φορικῶς; dici potest hereditaria: re autem vera non parasse ex pecunia hereditaria, quæ jam in illa specie quæ alienata est, desiisset esse hereditaria; sed ex pecunia alia quæ, a possessore in genere deberi cœpta, in eodem genere etiam nunc ab eo deberi, et sic in hereditate manere intelligeretur. Idemque dici posset in rebus hereditatis caussa comparatis ex pecunia hereditaria, nisi interesset hereditatis illas potius hereditati acquiri. Quod fieri cum hereditati utile est, etiam nummorum alienatio conceditur possessori, nec potest hereditas simul et res omnes sibi habere et pretium a possessore repetere, quod in rem hereditatis versum est.

XIII. Fructus quoque rerum hereditariarum et ipsi post mortem defuncti primum fiunt hereditarii: quam ob caussam etiam in petitionem hereditatis veniunt: usque adeo, ut fructus quoque earum rerum veniant quas defunctus pignori accepit, *L. si quo tempore*, §. 1. *D. de her. pet.* Hocque illud est quod veteres dixerunt, fructus augere hereditatem, *L. item veniunt*, §. *non solum*, vers. *fructus*, *L. sed etsi*, §. *ult. D. de her. pet. L.* 2. *C. eod.* Cur enim augent, nisi quia in numerum rerum hereditariarum recepti hunc numerum augent, atque ita hereditatem ampliorem (3) faciunt ipsi hereditarii facti? Neque vero hoc alio spectat, ut ante attigi, quam ut intelligatur hos fructus sicut et reliquas res hereditarias hac petitione contineri, ut et explicatur in *L. ancillarum*, et sequentibus aliquot, *D. eod.* fructuum verbo, ut in reliquo usu juris, hic intelligimus omnes obventiones omnesque reditus qui re aliqua percipiuntur: sive ex re nascantur natura, ut animalium fœtus, agrorum sata, arborum fructus, sive ex usu rei redigantur: ut pensiones et mercedes rerum locatarum. *L. sed etsi*, §. *ult.* et *LL.* quatuor seqq. *D. de her. pet.* Ancillarum partus non habentur in fructu: sed quia non minus nascuntur ex re, si quidem ex ancillis hereditariis editi sint, non minus et ipsi fiunt hereditarii augentque hereditatem. *L. item veniunt*, §. *non solum*, in fin. *d. L. ancillarum*, in fin. *eod.* Sic autem omnes fructus semel percepti fiunt hereditarii; ut etiam non honeste percepti, veluti pensiones ex lupanario, nihilominus ut ex re hereditaria percepti veniant in restitutionem, *L. si possessor*, 52. *d. L. ancillarum* in fin. Sane in fructibus non perceptis, placet eos non esse æstimandos, qui non honeste percipi potuerunt, *L. fructus*, *D. de rei vind.* Sed alia caussa est non perceptorum: cujus differentiæ ratio in effectu huius judicii a me exponetur tum, cum de fructibus non perceptis a malæ fidei possessore præstandis agetur.

XIV. Illud de fructibus perceptis singulare tenendum est in petitione hereditatis, sic istos omnes ex hereditate perceptos fieri hereditarios, ut quanvis a possessore bonæ fidei percepti sint, idque ante litem contestatam aut etiam rem petitam, tamen et hac actione peti possint, et actione generaliter instituta a possessore restituiti debeant, *L. post senatusconsultum*, *D. de her. pet.* Atqui hoc aliter observatur in rei vindicatione et specialibus in rem actionibus, cum res vindicatur a bonæ fidei emptore et similibus justis possessoribus, *L.* 2. *C. eod.* Idque ex regula juris gentium, qua placet fructus ex re aliena bona fide possessa perceptos fieri bonæ fidei possessoris, *L. bonæ fidei*, *D. de acquir. rer. dom.* §. *si quis a non domino*, *Inst. de rer. divis.* Cur hoc diversum in iis possessoribus qui petitione hereditatis conveniuntur? Optima ratione; quod constitutio superior juris gentium non quibuslibet bonæ fidei possessoribus fructus ex re aliena perceptos attribuit, sed iis solum qui iidem rem emerint, vel ex donatione aliave qua justa dominii transferendi caussa acceperint, ut diserte scriptum est in *d.* §. *si quis a non domino.* Non sunt autem in hoc numero ii qui petitione hereditatis tenentur. Nam cum hi sint qui pro herede, vel pro possessore possideant: effectum est supra, istos nulla de caussa possidere: non tantum si possideant pro possessore, de quo constat; sed etiam si possideant pro herede: non quod pro herede titulus non sit justissimus, si quis modo vere sit heres; sed quod in hac petitione eum intelligamus possidere pro herede, qui heredem quidem se dicat sed non sit. Nullo autem justo et vero titulo præcedente, neque usucapio rei possessæ contingere bonæ fidei possessori potest, neque fructuum inde perceptorum (4) acquisitio. *L. nullo*. *C. de rei vindicat. L.*

(3) Ita et, Donello non laudato, Gasp. Schifordegher. *Lib.* 2. ad A. Fab. *Tract.* 30. *Q.* 1. Et ideo veniunt sive petiti sint, sive non; etsi secus sit in judicio singulari, ut est rei vindicatio, Sich. *in Rub. C. h. t. n.* 8 Quia hic ob actionis generalitatem nec alias res petitas exprimere necesse est, idem ad *L.* 2. *C. h. t. n.* 11.

(4) Sed hæc ratio refellitur ex *L.* 45. *D. de Usur.* et distinctionem an titulum habeat bonæ fidei possessor reprobat ipse Donellus, ut *supra Lib* 4. *C.* 25. *N.* 9. *sub. fin.* Alia ratio Pinelli in *L.* 2. *C. de resc. vend. P.* 2. *Cap.* 4. *n.* 61. quod hic non æque possessor dominus fructuum fiat, ideo quia fructus augent hereditatem, ut *supra h. Cap. N.* 13. ejusque corpus censentur. Quod secus est in particularibus, *L.* 9. §. 1. *de donat.* Ad hæc in universalibus pretium succedit loco rei. Male vero Sich. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 8. de naturalibus tantum fructibus hic bonæ fidei possessorem teneri. Male item qui istam inter hæc judicia differentiam non agnoscunt, censentes in rei quoque vindicatione etiam consumptorum fructuum ratione teneri possessorem bonæ fidei, quoad inde locupletior, quos refert et sequitur Hart. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 25. *n.* 4. *et seqq.* Quo de aliquando alibi.

*ult. C. pro hered. d. §. si quis a non domino, Instit. de rerum divis. et acquir. ear. dom.*

XV. Hæc de corporibus hereditariis. Sunt, ut proposui, et jura quædam hereditaria. Quæ et ipsa non minus hac actione peti possunt ab eo, qui ea pro herede, prove possessore possideat: quæ eadem, instituta generaliter hereditatis petitione, ut reliquæ res hereditariæ a reo possessæ, veniunt in hanc petitionem, *L. regulariter, L. nec ullam, §. ult. D. de heredit. petit.* Hujus generis jura tria sunt; actio quæsita hereditati; actio quæsi a ipsi possessori, sed ex re hereditaria; tum servitutes aut defuncti personæ aut prædiis hereditariis jam olim debitæ. Actionem omnem jus esse constat, *Institut. de act.* in pr. Proinde et si qua actio hereditatis est, quin in ea versetur jus hereditarium dubitari non debet. Actio in personam (nam quæ in rem est, corpora hereditaria fere sequitur, eoque et ad ea referenda est) hereditati quæritur dupliciter, uti et corpora ipsa fieri hereditaria ante diximus. Aut enim actio a defuncto descendit, aut hereditati primum acquiritur. A defuncto descendit quæ, defuncto primum quæsita, mortuo eo transit ad heredes, ut sunt omnes in personam actiones, exceptis iis quæ injuriam defuncto factam persequuntur, §. 1. *Inst. de perp. et temp. act.* Atque has maxime hereditarias dici et esse inter omnes convenit. Est enim hereditas, successio in universum jus quod defunctus habuit, *L. hereditas, D. de regul. jur.* Hæ autem actiones ex illo universo jure sunt, quod ante a defuncto habitum fuit, et in quod deinde illa fit successio. Hereditati quoque actio in personam primum acquiri potest, ut hereditatis facta, non minus incipiat esse hereditaria: sicut de corporibus quoque hereditariis ante diximus. Potest autem hoc modo acquiri, et ex contractu, et ex quasi contractu, et ex maleficio. Ex contractu si quid stipulanti servo hereditario promissum sit, *Inst. de stip. ser.* in pr. Ex quasi contractu, si quis negotia hereditaria gesserit; ubi ex re ipsa nascatur hereditati negotiorum actio, *L. nam et servus, §. 1. D. de neg. gest* Ex maleficio, si quis ante aditam hereditatem damnum dederit in re hereditaria, aut rem aliquam hereditariam surripuerit: unde et illic legis Aquiliæ actio, et hic expilatæ hereditatis. Quid ergo de his actionibus quod huc pertineat dicimus? Omnes nimirum, cum sint hereditariæ, esse in ea caussa ut possit earum nomine hereditas peti ab omnibus qui his actionibus teneantur hereditati, quos debitores hereditarios vocamus, si qui quod his actionibus præstandum esset non præstantes id quodammodo detineant, idque ideo faciunt quod aut se ipsos heredes esse dicant, aut negent se solvere tantum ideo, quia (5) nolint: quorum prius eorum est, qui pro herede possident; posterius eorum, qui pro possessore. Hinc res a veteribus definita in hæc verba: *a debitore hereditario quasi a juris possessore hereditatem peti posse. L. nec ullam, §. ult D. de her. pet.* et additum nihil hic referre cujus generis sit obligatio debitoris, utrum ex contractu, an ex quasi contractu, aut ex maleficio: ac ne illud quidem, cum quo primum cœperit ea obligatio quæcunque est, utrum cum defuncto, an cum hereditate nondum adita: et declaratum exemplis ex superiore partitione petitis in *L. sed utrum*, 14. *L.* seq. *L. quod si in diem*, 16. §. 1. *D. eod.*

XVI. Sed cum hic petatur hereditas, etiam hereditarium quid a debitore hereditario peti oportet. Quodnam igitur id esse dicemus? Utrum actionem? Et certe videbatur convenire hoc dici, cum hanc ipsam actionem hereditariam esse statuamus, cujus etiam nomine petitio hereditatis instituitur. At hæc minime omnium hac actione peti potest: non quod non sit maxime hereditaria, sed quia sic petitio hereditatis est de rebus hereditariis, ut sit etiam de iis quas non possidet heres sed alius, cum quo ideo agitur ut possessum heredi restituat, *L. licet D. eod.* Jam vero actionem hereditariam jure habet heres, non habet debitor qui potius contra habetur teneturque ea actione ut duplici de caussa nulla possit esse a debitore ejus actionis restitutio: tum quod non possit debitor natura restituere quod non habet, tum quod non possit restitui ei, qui eam non amisit. Quid igitur, inquam, hic petitur quod sit hereditarium? Debitum videlicet, quod et detinetur a debitore quandiu id non præstat, ac præstando potest restitui, et idem per actionem fit hereditarium, quia actione hereditaria continetur. Quinimmo, cum omnis vis actionis posita sit in eo quod debetur: fit quodammodo, ut quandiu debitum non

(5) Ita et Wes. *h. t. C. n.* 25. reprobans DD. qui non aliter teneri debitorem, quam si se heredem contra contendat, ut Cacherau. *Decis.* 74. *n.* 16.

præstatur, ipsa sibi actio abesse: cum autem præstatur, ipsa actio plena et cum effectu sibi restitui videatur. Hoc autem jure posito, quod hereditarium specialibus in rem actionibus peti potest, puta pignus hypothecaria actione, res bona fide possessa actione Publiciana, id etiam in petitionem hereditatis venire: quod traditur in L. *et non tantum*, in princ. *D. de hered. pet.* item quodcunque speciali in personam actione ab hereditario debitore debetur, id quoque hac actione ab eo debitore peti posse: fit in summa illud quod alibi Ulpianus generaliter definit omnes hereditarias actiones (intellige speciales, ut nominantur id *d. L. et non tantum* in princ.) in hereditatis petitionem venire: hoc ille in L. *item veniunt*, §. *cum prædiximus*, *D. eod.* Immo vero hoc posterius, quanquam aliis verbis re tamen ipsa nihil aliud exprimit quam quod prioribus illis duabus sententiis separatim de utroque genere actionum comprehensum est. Recte enim dicuntur speciales actiones in petitionem hereditatis venire, cum eadem actionum vis et potestas venit. Venit autem, cum instituta hereditatis petitione id omne consequitur a possessore heres, quod consequeretur, si specialibus actionibus de eadem re egisset. Itaque non dubitavit etiam Ulpianus hæc pro eodem usurpare, a debitore hereditario hereditatem peti posse, quæcunque esset actio qua teneretur: et omnem istam actionem in petitionem hereditatis venire. Quod satis indicat, cum in *d. L. item veniunt*, §. *cum prædiximus* ait se prædixisse omnes hereditarias actiones in hereditatis petitionem venire. Nam ante ab eo nihil tale dictum legimus, sed illud tantum ab omni debitore hereditario, quacunque actione teneatnr, hereditatem peti posse: quod est in *d. L. nec ullam*, §. *ult. eod. tit.* Verum hoc aliis verbis tantundem valet: itaque re et sententia verborum idem prius dixerat.

XVII. Sed etsi hoc ita est, ut speciales in personam actiones ad debitum consequendum in hereditatis petitionem veniant, sciendum tamen non per omnia eodem modo venire. Veniunt enim hac lege, ut ubique petitionis hereditatis natura servetur: idest, ut petitio hereditatis sit cum debitore hereditario tanquam cum possessore, ut est in *d. L. regulariter*, *L. licet*, *D. de hered. petit.* Qua adiectione efficitur, ut petitione hereditatis interdum minus consequamur; nonnunquam paulo amplius, sine injuria tamen debitoris. Ex quo inter speciales in personam actiones et petitionem hereditatis, quanvis de eadem re, insignes differentiæ tres natæ sunt, hoc loco diligenter notandæ: quarum duæ priores ad minuendam vim petitionis hereditatis in hac debiti persecutione, tertia ad augendam pertinet.

XVIII. Una differentia est, quod cum debitore hereditario speciali actione agere verus heres idemque creditor potest, etsi debitor eum heredem et creditorem non agnoscat; quia neque inficiatione, neque ullo alio debitoris facto petitio creditoris vel tolli, vel mutari potest, *L. si quis inficiatus*, *D. depo. L. debitorum*, *C. de pact.* Quod si petitione hereditatis cum debitore hereditario agatur, frustra erit hæc actio si debitor hereditarius tantum ideo nolit (6) solvere, quod neget, aut dubitet an hereditas pertineat ad eum qui petit hereditatem, *L. si debitor*, 42. Hoc ideo, quia actione personali agitur cum debitore tanquam cum debitore. Verus autem hereditatis debitor non eo minus heredis debitor est, etsi neget eum heredem esse qui vere heres est. At petitio hereditatis non est cum debitore hereditario tanquam cum debitore, sed ut dixi, tanquam cum possessore et tali, qualem hæc petitio exigit, id est qui pro herede vel pro possessore possideat. Solus autem debitum pro herede possidet qui negat se ideo solvere, quia contendit se esse heredem: solus pro possessore qui negat se soluturum, quia caussam habet et nullam exprimit. Quorum neutrum cum dici de eo possit qui neque se heredem dicit, et justam hanc caussam affert non solvendi, quod dicat se nescire, an is qui agit sit heres, paratus alioqui solvere, si id probetur: apparet eum qui id faciat, neque pro herede, neque pro possessore possidere; quo fit ut nec teneatur hereditatis petitione.

XIX. Altera differentia est in iis actionibus quæ per inficiationem in lite crescunt, qualis est legis Aquiliæ de damno dato quæ inficiatione crescit in duplum, *L. inde*, §. *pen. D. ad leg. Aquil.* Nam de hoc damno si lege Aquilia agitur, succedet pœna in duplum adversus inficiantem: si petitione hereditatis, simplum dumtaxat veniet, quantum scilicet speciali actione ab initio peteretur, *L. item veniunt*, §. *cum prædiximus*, *D.*

(6) Quia hic non hereditatis controversiam facit actori, nec ideo se heredem ait, quod alterum negat esse Goth. *in d. L.* 42. cum paratus sit solvere ubi constiterit quis sit heres. Wesenb. *h. t. C. n.* 25.

*de her. pet.* Hoc rursum ideo, quod petitio hereditatis non est ex obligatione, ut tantum persequi possit quantum actio personalis quæ ex maleficio est: sed est solum de re hereditaria possessa, proinde de debito hereditario possesso, ut (7) quantum id est quod abest heredi, tantum restituatur. *d. L. licet, eod.* Nam quod vulgo dicitur, subrogatum sequi naturam ejus in cujus locum subrogatum est, *L. si eum*, §. *qui injuriarum*, *D. si quis caut.* huc non pertinet. Principales enim hæc actiones sunt, actio in personam de re aliqua debita, et de eadem re hereditatis petitio; ambæ ex diversis caussis natæ, illa ex obligatione, hæc a reo ex possessione; neque una in alterius locum substituitur, sed ambæ suis et propriis viribus consistunt.

XX. Tertia differentia, et hæc maxime præter cæteras notabilis, quod si quis qui hereditati debeat, in diem debitor sit aut sub conditione, non potest cum eo agi speciali actione in personam, ante quam dies venerit aut conditio exstiterit §. *omnis*, *Inst. de verb. oblig. L. cedere*, *D. de verb. signif.* At petitione hereditatis instituta cum hujusmodi debitore, quia se forte heredem dicat, etiam id debitum in petitionem hereditatis veniet, ut si ante rem judicatam dies venerit, omnimodo condemnari debeat: si autem non venerit, tamen hactenus debeat damnari, ut caveat se id debitum restituturum, cum dies venerit vel conditio extiterit. *L. quod si in diem*, in pr. *D. de her. pet.* Ne sit mirum hoc ita constitui in petitione hereditatis adversus eos qui adhuc proprie nihil debent, præsertim cum statuantur omnia contraria in speciali de eodem debito actione. Differentiæ ratio ex superiore illa istarum actionum, quam dixi, natura ducitur. Nam cum speciali actione in personam cum debitore agitur, agitur cum eo tanquam cum debitore et obligato, *L. actionum*, *D. de obl. et act.* Qui autem in diem debet, cum ab eo ante diem pecunia peti non possit ac multo minus exigi, proprie ante diem non debet, *L. eum qui Calendis*, §. *ult. D. de verb. obl. L. debitor*, *D. de verb. signif.* Multoque minus qui debet sub conditione, priusquam conditio exstiterit, *L. cedere*, *D. de verb. sign.* At cum eadem de re agitur petitione hereditatis adversus eundem debitorem hereditarium, non agitur cum eo tanquam cum debitore, sed tanquam cum juris et debiti possessore, *d. L. nec ullam*, §. *ult. de her. pet.* Sive autem pure, sive in diem, sive sub conditione debeat; semper verum est eum suo modo debitum quod non præstat, possidere. Quamobrem et recte desideratur ab eo, ut quantum potest de eo debito restituere sine injuria, tantum restituat. Ea autem est cautio, qua actor certus fiat fore ut, die veniente aut existente conditione, id debitum tanquam hereditarium consequatur. Neque hic (8) adversatur *L. non quemadmodum*, *D. de judic.* qua negatur judicium esse posse de iis rebus quæ, nondum debitæ, postea in obligationem venturæ sint. Nam, quod jam intellectum est, petitione hereditatis non agitur cum debitore de debiti obligatione, sed de debiti qualicunque possessione. Obligatio ante conditionem existentem nulla est; ideo recte dicitur eam in judicium venire non posse. At possessio debiti, qualecunque id est, semper est penes debitorem, ut eam vel re vel cautione possit restituere. Idcirco et petitione hereditatis hæc restitutio recte petitur, præstaturque vel hoc nomine maxime, quod præstatio sine debitoris damno contingit. Quod damnum si metuatur, nunquam eo usque procedet hereditatis petitio, ut id de debito consequi postulet cum injuria debitoris, quod specialis actio non consequeretur. Et ideo cum de re debita præstanda agitur, nunquam in petitionem hereditatis prius venit, quam in specialem actionem deducatur. Meminerimus enim peti hereditatem a debitore hereditario; cui conditioni repugnat quidquam peti ab eo quod ille non debeat. Exemplo sunt noxales actiones ex maleficiis servorum: quibus si cum domino agatur, nihil amplius debeat, quam aut præstare æstimationem, aut si malit, servum noxæ dedere, *Inst. de nox. act.* in pr. Finge ergo servum possessoris ante aditam hereditatem damnum dedisse in re hereditaria aut furtum fecisse, ut utroque nomine teneatur dominus noxali actione ex persona servi. Si cum eo domino petitione hereditatis agi cœperit, ait Paulus ad officium judicis pertinere et has noxales actiones: scilicet ut si paratus sit possessor noxæ dedere servum qui noxam nocuit, absolva-

(7) Vid. ad hoc Zas. 1. *Singular. Resp. Cap.* 14.

(8) Ac constitutione Zenonis, cujus mentio est in §. 33. *I. de act.* et quæ nunc est *L.* 1. *C. de plus petit.* restituta ex Basilicis a Cujac. 12. *Observ.* 21. plus petitionis pœnæ hæc actio exempta. Aliter. Caguol. *ad L. lecta* 40. *de reb. cred. n.* 160. *et seqq. et n.* 180.

tur, *L. illud*, *§. ult. D. de her. pet.* Quippe non aliud debetur speciali noxali actione. Aliter, atque si noxali judicio condemnatus possessor defuncto conveniatur petitione hereditatis; ut sic in petitionem veniat judicati actio, non noxalis, *L. item veniunt. §. idem D. eod.* Sic etsi pretia rerum hereditariarum habeat servus vel filiusfamilias, et propterea hereditas petatur a domino quia servus debitor fiat, placet non aliter dominum teneri, quam si cum eo de peculio actum esset, *L. si a domino*, in pr. *D. eod.*

XXI. Actio ea quoque existimatur esse hereditaria, quæ quæsita est extraneo quidem, non hereditati: attamen ex re hereditaria. Qua de caussa et qui eam actionem habet, si pro herede aut pro possessore possidet, placet eum eo nomine petitione hereditatis teneri: quod species hujus generis de quibus sunt responsa veterum, declarant. Et isto quidem modo possessori quæri potest actio, cum ex contractu, tum ex maleficio. Ex contractu, quodcunque negotium est, quod possessor cum alio gesserit de re hereditaria. Ut, si rem hereditariam vendidit et nondum pretium consecutus est, habet actionem ex vendito ad pretium consequendum: si rem hereditariam commodavit, habet actionem commodati ad rem repetendam; si dedit precario, habet interdictum de precario; si rem hereditariam locavit, habet actionem ex locato de mercede: si injusto testamento jussus heres hereditatem aut quid hereditarium restituere, restituerit vitium testamenti ignorans, habet indebiti soluti condictionem. Ex maleficio, si puta, possessor hereditatis qui animo domini rem tenebat, dejectus sit de fundo hereditario, aut si eo prohibente, ne quid in fundo ædificaretur, nihilominus ædificatum sit: quibus de caussis acquisitur ei illic interdictum unde vi, ut restituatur eo unde dejectus est: hic interdictum quod vi aut clam, ut quod factum restituatur. Et quæcunque sunt hujusmodi actiones hoc modo ex rebus hereditariis possessori quæsitæ, placet omnes hæreditarias videri: certe ab eo qui eas nactus sit, hereditatem peti posse, ut eas cedat heredi, idest, ut tanquam hereditarias restituat, *L. quod si in diem*, *§. Julianus*, *§. idem Julianus ait*, *§. idem Julianus scribit*, *L. illud*, *§. actiones*, *D. de heredit. petit.* Hinc est, quod possessor qui hereditatem vendidit dicitur omnimodo teneri petitione hereditatis, sive possidens, sive non, rem vendiderit, et sive pretium exegerit, sive non exegerit. Quippe aut pretium consecutus jam est, et pretii nomine tenetur: aut non est consecutus, et tum saltem habet actionem ad pretium consequendum; quam actionem ut cedat, hac petitione teneri eum dicimus, *d. L. quod si in diem*, *§. idem Julianus ait*, *L. item veniunt §. ait senatus placere : D. de hered. petit.* At quomodo hæ actiones hereditariæ, dicet aliquis, ut sic in petitionem hereditatis veniat? fatemur enim possessori ipsi esse quæsitas; unde et cum illo ita agitur, ut eas tanquam suas cedat heredi. Cur ut cedat heredi, nisi quia heres prius eas non habuit? Duæ res igitur ostendunt has actiones non esse hereditarias: primum quod nihil est hereditarium, nisi quod prius fuerit hereditatis, ac per hereditatem heredis: hæ autem actiones ideo ceduntur, quia nunquam hereditatis aut heredis fuerunt. Deinde quia nihil est hereditarium, quod non prius aut fuerit in defuncti bonis, aut sit postea hereditati primum quæsitum: has autem actiones non hereditati, non heredi, sed extraneo possessori primum quæsitas dicimus. Et fatendum est subtiliate juris has actiones non esse hereditarias. Quia enim in personam sunt, sic ex contractu tribuuntur contrahenti personæ: sic ex maleficio tribuuntur ei qui maleficio læsus est, ut jure summo ei personæ cohæreant nec transeant ad alios. Sed caussa et origine acquirendi inspecta, æquitas judicii quod bonæ fidei est, facit ut actiones esse debeant hereditariæ. Sunt enim tanquam fructus natæ ex re hereditaria. Quod si pecunia in fructu hereditatis habetur, quæ ex usu solo rei hereditariæ percepta est, ut mercedes et pensiones rerum locatarum, atque hinc fit hereditaria, *L. mercedes*, *D. de her. pet.* multo magis ea actio in fructu hereditatis habenda est, quæ ex re tota hereditaria percepta est, ut sic et ipsa vere fiat hereditaria. Sed quoniam subtilitas juris prohibet, quæ facit ut actio possessoris personæ acquiratur, ideo de his actionibus sic agitur petitione hereditatis, non ut recta restituantur heredi quæ nondum proprie sunt ejus, sed ut ei cedantur cujus ex æquo et bono esse debuerant; quod eo redit denique ut ei obliqua via, id est per cessionem restituantur.

XXII. Restant servitutes hereditariæ id est personæ defuncti, aut prædiis hereditariis jam olim debitæ. Hæ si fuerunt personales, ususfructus, usus, habitatio, et prohibentur ab iis qui res servientes pro herede prove possessore tanquam liberas possident: in ea caussa sunt ut et ipsæ petitione hereditatis vindicari possint, veniantque item in hac petitionem, sicut et reliquæ res

**hereditariæ. Nam cum ipsæ similiter hereditariæ sunt, tum vero est in his semper quod ab eo qui earum controversiam facit,** possit restitui, nempe (9) fructus rerum in quibus percipiendis illæ servitutes consistunt. Scribit quidem Paulus in *L. et non tantum, §. ult. D. de her. pet.* servitutes in restitutionem non venire. Sed hoc ab eo dictum esse de servitutibus prædiorum non solum verbi usus, sed etiam ratio ab eo addita declarant. Servitutis quidem verbum simpliciter positum in usu juris fere semper usurpari solet de servitutibus prædiorum, ut *§. ult. Inst. de usu et hab. L. 4. D. de servit. L. stipulationes non dividuntur,* in pr. *D. de verb. oblig* Sed tamen in verbo generali et ambiguo posset de sententia Pauli dubitari, nisi ratio ab eo reddita de his ipsis prædiorum servitutibus eum sentire plane confirmaret. *Servitutes,* ait, *in restitutionem hereditatis non venire ego didici: cum nihil eo nomine possit restitui.* At potest restitui servitutum personalium nomine. Itaque vel hac ipsa ratione personales servitutes auctore Paulo in restitutionem hereditatis vocantur. Quod si sint prædiorum servitutes hereditariæ, id est prædiis hereditariis debitæ, jam dixi quid de his scribat Paulus: negat, inquam, in restitutionem hereditatis venire, quia nihil eo nomine restitui possit. Ideo eum qui non patiatur heredem ire, agere, propria actione conveniendum esse ait *d. L. et non tantum, §. ult.* Non negat igitur venire eas in hereditatis petitionem, quod non sint hereditariæ: sunt enim jura, et cum ea defuncti fuerint, mortuo eo, fiunt per successionem hereditaria, sed quod restitui non possint. Optima ratio. Non enim petitione hereditatis agitur tantum de rebus hereditariis, sed eo ut illæ restituantur, *L. licet. D. eod.* Quo fit si quid hereditarium restitui non possit, de eo inutilis sit hereditatis petitio. Sed nec minus verum est nihil esse in his servitutibus quod possit restitui, si quidem nihil aliud quæritur quam servitutis restitutio, qua heredi ut heredi frui liceat. Nam is quidem qui servitutem debet, patientiam præstare debet tradendæ constituendæque servituti, *L. quoties, 2. D. de servitut. L. 1. in fin. D. de servit. rust. præd.* Constituta autem jam servitute, si quis eam velut occupatam teneat, **nullam habet ista patientia servitutis restitutionem. Non enim egreditur hæc patientia personam patientis, nec** præstat quominus qui hodie patitur, cras actorem servitute uti prohibeat. Habet sane propria servitutis vindicatio suam quamdam restitutionem servitutis, positam in eo, ut qui servitutem debeat, caveat in futurum, neque se neque successores suos prohibituros adversarium sua servitute uti, *L. harum, D. si ser. vind.* Sed hæc cautio non est præstanda, nisi ei qui sit dominus prædii ejus cui debetur servitus. Non continuo autem: si quis heres est, idem est et prædii hereditarii dominus, ut antea quoque suo loco monui. Unde bene præcipit ibidem Paulus, ut si quis heredem non patiatur servitute uti, propria actione de servitute conveniatur. *d. L. et non tantum, §. ultim.* Hoc loco objicitur *L. 1. §. quod ait prætor, aut dolo, D. quod leg.* ubi traditur, si quis legatam sibi servitutem in prædio legato sine voluntate heredis occupaverit, teneri eum heredi interdicto quod legatorum, nempe ut occupatum restituat: ad hanc enim restitutionem interdictum illud pertinet, *d. L. 1.* in pr. *quod lege.* Finge testatorem legavisse Titio jus tigni immittendi in parietem suum, aut stillicidii immittendi in aream suam. Titium, mortuo testatore, sine voluntate heredis immisisse tignum in parietem hereditarium, stillicidium in aream hereditariam. Hoc dicitur, heredem de hac servitute agere posse cum Titio interdicto quod legatorum, ut jus quod occupavit restituat. Ex quo colligi dixeris etiam servitutem prædii restitui posse, et quibus actionibus id agitur ut res restituatur, etiam his ad servitutem petendam locum esse. Sed nihil minus quam hoc ex illo recte colligitur. Cum enim heres agit interdicto quod legatorum adversus eum qui servitutem legatam occupavit ut factum restituat, non petit servitutem quam omnem potius amotam vult; sed petit libertatis pristinæ restitutionem. Utrum autem horum quis petat, ad restituendi facultatem multum interest. Servitutem suam qui petit, ei restitui nihil potest, ut ostendimus. Libertatem autem prædii persequenti potest hæc ipsa libertas restitui, (10) sublato videlicet eo opere,

(9) Non placet. Ususfructus enim et servitutes personales, cum morte extinguantur nec ad heredes transeant, ut *supra Lib 10. Cap. 17. etc* quomodo in petitionem hanc venire poterunt? Nam quod aliquando ad primum heredem pervenit *d. Cap. 17. N. 5.* id irregulare est, nec sæpe frequentatur. Et in usufructu quoque patientia loco traditionis *L. 3. pr. de Usuf.*

(10) Recte, et confirmat Cujac. *Lib. 20. Pauli ad ed ct.* add. *§. ult.* Etsi aliter Vital. 2. *Var. Lect. 2. n.* 10. volens servitutes quoque in petitionem hanc venire, neque hoc negari *d. §. ult.* sed hoc dici quod

quod adversus libertatem comparatum erat: puta in sp cie proposita, tigno aut stillicidio, quod immissum erat, amoto.

XXIII. Ex his intelligitur verum esse quod supra posuimus, et res hereditarias in petitionem hereditatis venire et venire omnes, sive corpora sint, sive jura. Solum hanc circumscriptionem esse, si modo ea res sit quæ possit restitui quando hanc restitutionem persequitur hereditatis petitio. Posse autem omnes, etiam hoc intellectum est, una excepta prædii servitute. Sed quemadmodum in hanc petitionem venit res hereditaria omnis; ita, ut sit hereditaria exigimus. Neque enim nomine hereditatis peti quidquam potest nisi aut hereditas ipsa aut quod ad eam hereditatem pertineat, quod hereditarium vocamus. Quocirca si quid hereditarium non sit, sciemus hac petitione non teneri, etiamsi maxime sit heredis aut debeatur heredi. Quod si hereditarium id solum est quod aut aliquando defuncti in bonis vel periculo fuit; aut post defuncti mortem cœpit fieri hereditatis, quod superiore partitione rerum hereditariarum cognitum est et definitio hereditatis indicat: fit, ut si quid heres proprio jure nactus sit non ante a defuncto aut hereditate habitum, id non veniat in petitionem hereditatis, quia non sit hereditarium. Quod moneri non eo tantum spectat, ut si quid nunquam fuerit hereditatis, et in eo aliquid quæsitum sit heredi, id hac actione peti non possit: quod sane dubitationem non habet; sed etiam ut intelligatur, etsi qua res ante fuerit hereditaria, si tamen in ea quæsitum quid fuerit heredi quod ad proprium jus heredis, non aliunde per successionem acceptum pertineret, ne id quidem in petitionem venire. Cujusmodi jura exsistere solent in duobus his generibus rerum: in dominio rei quondam hereditariæ, et in actionibus ex re olim hereditaria quæsitis. In dominio rei prius hereditariæ hoc modo. Nam si res a defuncto bona fide possideri cœpta sit, et is nondum ea usucapta decesserit, tamen propter actionem Publicianam quam habuit ad eam rem persequendam, fit hereditaria, *L. et non tantum*, in pr. *D. de her. pet.* Fingamus usucapionem quæ cœperat ab herede, impletam esse ut jam res quæ prius hereditaria fuerat, dominii jure efficiatur heredis propria. Quia hoc dominium neque a defuncto acceptum est, neque ab hereditate, eoque nec res dominii jure: (11) placet eam rem non venire in hereditatis petitionem: *hoc Paulus in d. L. et non tantum*, §. 1. idque est quod ille pro ratione affert: *quia*, inquit, *heres idemque petitor eam vindicare potest:* hoc enim sic accipiendum est; quia heres solus eam vindicare potest, quod prius neque defunctus, neque hereditatis nomine quisquam facere potuit. In actionibus ex re olim hereditaria heredi quæsitis idem accidit, quoties aut actio de rebus hereditariis heredi non tanquam heredi, sed proprio quodam personæ jure defertur, aut ei post aditam hereditatem acquiritur. Proprii juris actio est Calvisiana, quæ patrono de rebus in fraudem patroni a liberto alienatis competit. Sit ergo ex parte debita patronus liberto heres, et res alienatæ fuerint olim liberti defuncti, puta ab eo legatæ: tamen patronus hereditatem petere non poterit ab eo, cui libertus in fraudem alienavit, *L. quod si in diem*, §. *idem scribit*, *D.* de hered. petit. *quia*, inquit Ulpianus, *Calvisiana actione ei tenetur:* quæ scilicet patrono non ut heredi, sed ut patrono competit: ut proinde hæc patroni actio propria sit, non hereditaria, fiatque id quod idem postea subjicit, ut qui res possidet patroni debitor sit, non hereditarius. Actiones post aditam hereditatem quæsitæ heredi, quanvis ex re aut de re olim hereditaria, in eadem caussa sunt. Ut puta: occidit quis animal heredi·

in restitutionem non veniant. Nimirum ideo dici, quia cum in hoc judicium omnia corpora et jura veniant, restitutis rebus, servitutes quoque illis competentes restitutæ censeantur, per *L.* 15. *de pig. act.* *L.* 10. §. 1. *de Usucap.* Et hoc esse quod dicitur *d.* §. *ult.* nihil eo nomine posse restitui. Aliter P. Grangian. *Paradox. Cap.* 28. Quæritur, An et feuda in hanc actionem veniant? Ita statuunt si feudum hereditarium, Myns. 3. *Obs.* 67. aut tota succcessio feudalis, Wes. *in Par. D. h. t. n.* 11. *et ad h. t. C. n.* 29. Pruckmau. *Vol.* 1. *Cons.* 2. *n.* 402. Alii vero etiam in non hereditario idem admittunt, Rittershus. *Lib.* 2. *Partit. feud. Cap.* 8. *n.* 31. Ast contrarium verius, quia nihil hac de re jure feudali cautum, Hart. Pist. *P.* 1. *Q.* 1. *n.* 62. Et quia feuda, etiam quæ dicuntur hereditaria, non vere sunt, et ita ut res allodiales jure hereditario debentur. Nam nec de illis dispositio in ultima voluntate valet. At si vere hereditaria essent, decederet quis contra juris communis regulas pro parte intestatus: add. Val. Guil. Forst. *Tractat. Justin. P.* 2 *Disput.* 2. *Th.* 5. *lit. G. P.* Heig. *P. Q.* 25. *num.* 18.

(11) Et generalius rerum quarum possessionem semel adeptus heres, si postea illa exciderit, nomine actionis negant, vid. *supra Cap. præced. N.* 4.

tarium, aut negotia hereditaria gessit; sed utrumque post aditam hereditatem. A neuro debitore peti hereditas potest: quia actio utrobique propria heredis effecta est, non defuncto aut hereditate accepta, *L. si a domino*, 36. §. *si possessor. L. quod si in diem*, 16. §. 1. *D. de hered. petit.*

## C A P. XIV.

De fine petitionis hereditatis, deque universo hujus judicii effectu.

*Duplex hujus actionis finis et effectus petitori proditus: unum ex altero pendere; utrumque ex officio judicis: hujus partes esse duas.* I.

1. *Ut pronuntiet petitoris esse hereditatem.* II:
2. *Ut jubeat hanc ex bono et æquo restitui petitori per victum possessorem.* III.

*Status quæstionis, et divisio rerum.* IV.

*Victus possessor restituere debet petitori heditarias res omnes quas possidet judicatæ rei tempore, etsi a lite contestata cœperit possidere.* V.

*Occurritur objectis.* VI. VII. VIII.

*Idem juris de restituenda re possessa post contestatam litem pertinet ad actiones etiam in rem speciales, et eas in personam, quibus possessio rei locum facit.* IX.

*Conclusio.* X.

*Qui habet hereditariam rem et pretium, debet alterutrum dumtaxat restituere, et quatenus.* XI.

*An debeat victus possessor et illas res restituere quas non possidet, sed habere potuit; interest qua fide possideat. Quis hoc loci bonæ aut malæ fidei possessor.* XII. XIII. XIV.

*Possessor malæ fidei et ea quæ non possidet tenetur restituere, si per eum factum est quominus possideat. Accidere hoc duplici modo.* XV.

1. *Si possidere desiit quocunque modo.* XVI.
   *Nisi tamen justa caussa excuset. Caussæ justæ quatuor, et quæ.* XVII.
   *Quid si dolo et culpa res possessas fecit deteriores.* XVIII.
2. *Si quid ex rebus hereditariis acquirere, possidere prætermisit dolo aut culpa. Genus ejusmodi triplex.* XIX.
   1. *Pecuniæ a debitoribus non exactæ.* XX.
   2. *Fructus hereditariarum rerum non percepti.* XXI.
   3. *Usuræ pecuniæ hereditariæ numeratæ, debitæ hereditati.* XXII. XXIII.

*Facilis et expedita ratio conciliandi* vers. diversa ratio §. *ult.* L. heres *cum priore* vers. *ejusd.* §. *et cum L.* Neque, D. de hered. petit. XXIV.

*Usuras vero hereditariæ pecuniæ quam debet tanquam corpus, nullo modo cogitur restituere possessor malæ fidei.* XXV.

*Quatenus ipse superiorum rerum nomine teneatur. Quæstio hæc cujus utilitatis.* XXVI.

*An petitoris sit eligere utrum petat: an distractarum rerum pretia cum usuris; an vero res ipsas cum fructibus. Quid hoc ejus intersit.* XXVII.

*Bonæ fidei possessor post litem contestatam iisdem de rebus et eadem conditione tenetur, ac possessor malæ fidei.* XXVIII.

*Præterquam in fortuito interitu rei hereditariæ, et quare.* XXIX.

*Item in restitutione fideicommissi.*

*Interpretatio* L. in æstimationibus 48. D. de hered. petit. XXX.

*Ante contestatam litem non tenetur, nisi in eo quo factus est locupletior.* XXXI.

*Locupletior fit aliquis modis tribus; qui sint.* XXXII.

*Ideo nec tenetur ex rebus hereditariis quas nunquam possedit, vel ante litem contestatam possidere desiit. Quæ sint ejusmodi.* XXXIII.

*Item nec pretia rerum ex hereditate distractarum tenetur restituere, si ea perdidit aut consumpsit.* XXXIV.

*Nec res ita ab illo distractas petitor poterit ab emptore vindicare; et quot et quibus casibus prohibeatur.* XXXV.

*Res hereditatis salvas integre debet restituere possessor bonæ fidei, et si earum contemplatione perdiderit suas.* XXXVI.

I. Restat ad rectam institutionem actionis extremus locus, finis hereditatis petitionis, quem et petitione complecti oporteat, ut ad quem solum obtinendum actio dirigatur. Is finis duplex est; primus ac veluti intermedius, et summus ad quem per primum illum et intermedium pervenitur. Primus est, ut quoniam nihil hic actori præstari debet nisi qui heres sit, qualem se esse intendit, ideo ante omnia sententia judicis heres esse pronuntietur aut, quod idem est, pronuntietur hereditas ad eum pertinere. Summus finis hic, ut cum actor talis pronuntiatus erit, tum si quid de hereditate apud possessorem est sive quid apud eum esse potuit quod eum ex bona fide restituere oporteat, id huic heredi declarato (1) restituatur. Hos fines etiam effectus juris sequitur. Nam ut hæc actor petit, ita etiam consequitur officio judicis. Neque vero alia de caussa proposita est his de rebus actio, nisi ut eas res agendo per judicem obtinere liceat. In quo jam cernitur, ut finis, ita etiam effectus hujus petitonis, simul et vis ac potestas judicii de hac petitione instituti, qua parte judicium actorem ejusque petitionem attingit. Sed cum hoc judicium, uti et cætera, duos litigatores complexum sit in quibus jus non minus ejus cum quo agitur, rationem habeat ad eum recte tuendum, quam actoris; fit, ut judicium etiam a persona possessoris suos fines et in his suum effectum habeat. Itaque et de his etiam hoc loco a me dicetur: sed suo ordine postea. Ante de petitione actoris dicendum est, a qua initium hujus judicii nascitur. Ergo hujus petitionis duo sunt illi fines, quos dixi: quos si actor consequitur officio judicis, et in his obtinendis versatur, ut proposui, effectus actionis: omnino qui hunc effectum, id est quid hic sit in officio judicis ad eos fines obtinendos noverit, idem cum effectu una et fines superiores hujus actionis esse, et petitionem ad eos fines accommodatam esse debere intelliget. Quapropter quid sit in hoc officio judicis, quod satis sit ad id omne quod hic quærimus, cognoscamus. Et si officium judicis petitioni actoris subservit, tantumque eo præstatur quantum jure petitum est, ut semper præstatur tantum, non amplius, *L. ult. C. de fid lib.* necesse est officii judicis qui de hac petitione cognoscit, tot esse partes ad satisfaciendum actori, quot sunt ii fines quos huic actioni ad obtinendum propositos esse diximus: nempe duas, quæ eædem petitioni respondeant. Et sunt omnino duæ hæ partes in officio judicis petitioni subservientes.

II. Prima hæc, ut eum qui agit, cum satis probaverit se heredem esse, ante omnia judex sententia sua declaret eum heredem videri, et ad eum hereditatem quam suam esse intendit, pertinere. Id de petitione hereditatis, quod quidem meminerim, nusquam aperte scriptum legimus. Sed aliarum in rem actionum exempla id ita etiam in hac actione servandum esse nos docent. In rei vindicatione in qua actor rem petitam suam esse intendit, hoc primum præstat judex, ut sententia declaret rem esse petitoris, *L. et ex diverso, si petitor*, 35. *ubi autem alienum*. 1. *D. de rei vindic.* Idem fit et in vindicatione servitutis, *L. sicut autem refectio*, 8. §. *sed si quæritur*, 3. *D. si servit. vindic.* Quo exemplo intelligemus idem et in petitione hereditatis desiderandum ab actore, et desideranti a judice esse præstandum. Nam et hæc actio in rem est, in qua qui agit, similiter intendit rem petitam, id est hereditatem suam esse, ut initio ostendimus.

(1) Gomez. *in L. Tauri* 45. *n.* 154. Principaliter dari hanc petitionem ut declaretur heres, in consequentiam et ex officio ut fiat restitutio. Wes. *in h. t. C. n.* 9 Duæ partes ait, sunt petitionis, quarum altera caussa alterius, tanquam antecedens consequentis. Inde Covar. *Pract. QQ. Cap.* 12. *n* 1. non recte petere qui ipsam solum hereditatem petit nisi prius petierit se pronunciari heredem. Contra Wes. *Parat h. t. n.* 12. Meichsner *Tomo* 3. *Decis. Cons.* 8. *n.* 18. Cacheran *Decis. Pedem.* 4. *n.* 12. P. Frider. *Lib.* 3. *de Contin. caus. Cap.* 23. *n.* 18 et relati a Treutl. *Vol.* 1. *Disput.* 14. *Tr.* 8.

III. Cum judex pronuntiaverit petitorem heredem esse, hic sequitur officii judicis pars altera ad illam alteram petitionem actoris accommodata, ut sic deinde de restitutione rerum caveat, jubeatque de hereditate tantum actori restitui quantum ex bona fide faciendum esse cognoverit: nam et hanc restitutionem ad officium judicis pertinere indicatur in *L. licet*, *D. de pet. her.*

IV. Quo loco quærendum est, quid hic petitori restitui oporteat. In quo ne quis me putet eadem revocare, quæ ante tractavimus, non nunc simpliciter quærimus quas res possessorem restituere oporteat. Effectum est enim satis jam supra de rebus hujus actionis propriis, res hereditarias omnes quæ quidem restitui possint, in hac restitutionem venire, nec venire nisi hereditarias; et simul expositum, quæ essent hereditariæ: quod nunc non repetimus. Sed hoc quærimus ex hereditariis, quas possessor quive pro possessore habetur restituere debeat. In quo præter ea quæ de rebus hereditariis supra diximus, duo quæruntur ad necessitatem justæ restitutionis pertinentia. Primum an restituere debeat possessor res omnes hereditarias quas tempore rei judicandæ possidet, etiamsi non possederit tempore litis contestatæ. Deinde an etiam eas quas tunc non possidet, si eas ante habuit aut potuit habere. De quibus omnibus si generaliter definire volumus, est hæc definitio quam natura hujus actionis nobis suggerit, quidquid harum rerum est, tantum inde possessorem restituere petitori debere quantum ex bona fide est, id est quantum æquum et bonum est eum præstare. Nam petitio hereditatis natura sua bonæ fidei judicium est, §. *actionum autem*, *Inst. de act. L. ult.* (2) *in fin. C. de pet. her.* Bonæ fidei autem dicuntur actiones, in quibus ea invicem præstantur inter litigatores, quæ alterum alteri ex bono et æquo præstare oportet, §. *in bonæ*, *Inst. de act.* Sed hoc adhuc incertum, quid sit hic ex bona fide, quid ex æquo et bono ad restitutionem. Quare hoc etiam restat, ut de eo amplius cognoscamus. Et cum hic de duobus generibus rerum a me propositum sit, uno earum quæ possidentur tempore rei judicatæ, altero earum quæ cum non possideantur, haberi tamen possiderive potuerint: optimum erit in hac æquitate restitutionis inquirenda eundem ordinem sequi. Ideo et de utroque genere ordine et sigillatim dicemus.

V. Ac de iis rebus hereditariis quas reus victus possidet, sic generaliter recte definiemus, quidquid est rerum hereditariarum quod is cum quo agitur, quo tempore res judicanda est, tenet possidet, id omne victum petitori restituere debere, non solum si illud idem tempore litis contestatæ possederit, sed etiam si postea nactus sit possessionem. Est enim utrobique ex bona fide heredi quod hereditarium sit restitui ab eo qui ejus restituendi facultatem habeat: nec quidquam inde apud possessorem, ad quem non pertineat, remanere. Et si quidem cum eo actum sit qui ab initio petitionis easdem res possederit, nulla est dubitatio. Nam de his rebus petitio hereditatis competebat, *L. regulariter*, *L. licet. seq. D. de hered. pet.* Et cum petita est ab initio hereditas, simul etiam eæ res quia fuerunt hereditariæ, eadem petitione in judicium deductæ sunt: deductæ cœperunt pertinere ad officium judicis: ut certum fiat etiam de his posse judicem pro potestate statuere, *L. ædiles.* §. *item sciendum*, *D. de æd. edic.* De iis dubitatio est. et vetus, quas possessor post judicium acceptum cœpit possidere, ecquid eas etiam restituere

(2) Ubi non primus Justinianus constituit quasi jus vetus abrogans, ut sentire videtur Cujac. 3. *Obs.* 17. *et* 17. *Observ.* 4. dum ait constitutionum esse facere bonæ fidei judicia, exemplo hoc prolato. Et Hot. *ad* §. *act.* 28. *I. de act.* ne dum Tribonianus errore gravi, cujus hic arguitur ab Ant. Massa Galesio *Tr. de Judic. bonæ fidei n.* 9. et ipse Imperator lacessitur ab Ægidio Hortensio *in actionum* 28. *I. de act.* sed, cum res inter dissidentes hæreret partes, dubitationem Imperator sustulit, ut verba ipsa clare utrobique testantur. Ant. Fab. 14. *Conject.* 18. qui idem olim statuisse Papinianum putat in *L.* 42. *de donat. mort. cau.* ubi verba *bonæ fidei judicio constituto* de petitione hereditatis accipit; ut et Loriot. *T. de Pac. Axiom.* 45. ac Gæl. *de Contr. stip. Cap.* 8. *Concl.* 1. *n.* 32. Et Paulus *L.* 38. *h. t.* In contrarium vero alios movebat defectus mutuæ præstationis, quia in hac nullum negotium geritur, nec est vicissitudo obligationis. Ea enim negotia bonæ fidei sunt, ubi contrahentes sibi invicem obstricti, quando utriusque votum est ut alter ex bona fide secum agat, Donel. *in d.* §. *actionum* 28. *n.* 43. *et seq.* Sed melior pars obtinuit inde quia propius hæc accedit ad negociorum gestorum actionem. Inesse quippe videntur personales præstationes et quidem mutuæ. Quia ut reus ad pretia rerum distractarum et debita soluta, item ad res hereditatis caussa, etsi sua pecunia emptas, ut restituat tenetur, ita huic petitor ad refundendum earum pretium, Don. *d. loc.* Accedit quod universale judicium certa formula concludi, et strictis judiciorum regulis includi nequit, Wes. *in Par. h. t. n.* 6.

debeat: eo quod non videantur scilicet eæ res, quarum possessio post litem contestatam accidit, in judicium esse, eoque ad potestatem judicis pertinere, ut mox amplius dicetur. Sed adversus hanc dubitationem vetus est et constans veterum definitio etiam res, post judicium acceptum ab eo cum quo agitur possideri cœptas, hac actione, atque hoc judicio restitui debere, *L.* 4. *L. si quo tempore*, 41. *D. de hered. pet.* Adeoque id probatum est ut, quanvis ab eo petita sit hereditas, et judicium cum eo constitutum qui tum nihil omnino rerum hereditariarum possideret, placet tamen quidquid est quod ex hereditate postea possidere cœperit, id venire in judicium, et possessorem victum eo nomine condemnari debere, *L. item videndum*, §. 1. *D. de heredit. petit.*

VI. Sed incurrit hæc sententia in duas reprehensiones quas hic cognoscendi et diluendi locus est. Una est in eo, quod fingimus hereditatem peti posse ab eo qui nihil rerum hereditariarum possideat, ut constituatur cum eo de hanc petitione judicium. Dicimus enim eum post judicium acceptum incipere posse possidere res hereditarias, quas cogatur eo judicio restituere. Quod certe nisi judicio prius adversus eum constituto fieri non potest. Ac videamus ne hoc falsum sit, petitione hereditatis agi posse cum eo qui nihil hereditarium possideat. Diximus enim supra petitionem hereditatis regulariter dari adversus eum qui rem aliquam hereditariam pro herede, prove possessore possidet, *L. regulariter*, *L. licet*, seq. *D. de her. pet.* Quod quid aliud est, quam adversus eum qui nihil hereditarium possideat, petitionem hereditatis non dari? ac sine actione nullum esse potuit de ea judicium, *Inst. de actio.* in pr. et §. 1. Respondeo: nihil verius, quam cum eo petitione hereditatis agi non posse, qui nihil hereditarium possideat. Sed hoc sic intelligendum est, si modo de eo conveniat inter actorem et reum, id est si reus neget se quidquam possidere, atque ita actionem a se removeat; actor autem id agnoscat, et nihilominus pergat agere, quod dicat fieri posse, ut postea reus possideat. Tum, inquam, in re certa heres frustra aget adversus eum quem constet ipsius confessione non possidere, *L. qui petitorio*, in prin. *L. ult. D. de rei vind.* Sed si actor reum negantem contendat possidere, ac de eo sit controversia, hic datur actio heredi et judicium adversus negantem constituitur, ut quæratur postea utrum reus possideat necne: ut et fit alias, quoties reo exceptio competit, puta jurisjurandi, et controversia est an juratum sit, *L. nam posteaquam*, *D. de jurej.* Quod si inter moras hujus probationis reus possidere cœperit, tum firmatur judicium cœptum, et quod is possidere cœpit (3) debebit restituere. Et certe cum reus negavit se possidere, quodammodo exceptione usus est, sed temporali, cui scilicet tandiu solum locus est quandiu nihil possidet. Post ubi cœpit possidere nondum absolutus, exceptio temporalis tollitur: qua sublata, relinquitur adversus eum potestas judicii, ut deinceps victus, quod possidet, sine exceptione restituere debeat.

VII. At hic exoritur altera reprehensio. Esto enim, in superiore controversia an reus possideat necne, judicium petitionis hereditatis constitui possit adversus reum qui quid non possideat: at certe id judicium sine exitu, eoque et inutile futurum est. Non enim videtur judex de iis rebus restituendis statuere posse, quæ post judicium acceptum possideri cœptæ sunt: idque hoc modo effici videtur. Non potest judex statuere de iis rebus, quæ in judicium deductæ non sunt: ratum est enim, ultra id quod in judicium deductum est, excedere potestatem judicis non posse, *L. ut fundus. D. com. divid.* Petita autem hereditate, et judicio de ea re constituto, res postea possideri cœptæ in judicium deductæ non videntur. Sic enim traditur in *L. non potest, D. de jud.* non posse videri in judicium venisse id, quod post litem contestatam accidit: et ideo nova interpellatione opus esse. Ergo de rebus hereditariis post litem contestatam possideri cœptis, tanquam in judicium non deductis, judex statuere non potest. Respondeo, ita generaliter verum esse illud, ultra id quod in judicium deductum est, excedere potestatem judicis non posse; ut maxime hoc ipsum confirmet de quo ambigitur, petita hereditate incipere res omnes hereditarias ad potestatem et officium judicis pertinere: quia scilicet et hoc quoque verum est, eas una cum hereditate in judicium deduci, sive quas reus initio litis possedit, sive quas postea ante rem judicatam cœpit possidere: quod superiore objectione negabatur. Idque hoc argumento evidenter demonstratur. Etenim petita hereditate et hoc modo in judicium deducta, ut certe aperta ista petitione deducitur, ne-

(3) Aliter Gomez ut notavi supra Cap. 12. N. 13.

tesse est verbo communi eas res omnes deductas videri quæ sunt hereditatis quæve hereditate continentur: ut certe in toto semper pars inest, et cum toto in judicium deduci intelligitur, *L. si quis cum totum*, *D. de exc. rei jud.* Porro hereditatis sunt eaque continentur res omnes hereditariæ. Proinde una cum hereditate petita etiam res hereditariæ omnes in judicium deduci intelliguntur: quod et traditur in *d. L. si quis cum totum*, §. *pen.* Nihil ad rem pertinet, si res non possideantur a reo tum cum judicium accipitur. Non enim eo minus sunt hereditariæ, nec eo minus petitæ, quia a reo non possidentur. (4) Quin etiam etsi res post judicium acceptum non tantum possideri cœptæ, sed etiam natæ sint, ut fructus hereditarii; tamen quia hæ fiunt hereditatis ejus quæ initio petita est, videntur et ipsæ ab initio petitæ esse per hereditatem: hereditas enim petita eas postea suas factas una secum trahit.

VIII. Non obstat, quod dicitur non videri in judicium venisse quod post litem contestatam accidit, *d. L.* (5) *non potest*, *de jud.* Hoc enim sic interpretandum est quod post litem contestatam accidit in jure petitoris. Et res ita habet: si quid actor petit, quod initio litis ad jus ejus non pertinet, seu de quo illi agendi jus non est, frustra petet, et de eo judicium non consistet, quantumvis ab initio cum diceret suum quid esse aut sibi deberi, admissus sit ad agendum, et jus illi agendi natum sit postea: omninoque ei de jure postea nato nova interpellatione et petitione erit opus. Ut puta: decem mutua petiit quis a Titio, quæ illi mutua non dederat: ac judicio, quasi ea dedisset, accepto, postea Titio mutua dedit. Nihilominus Titius eo judicio absolvetur: quia judicium institutum est de ea obligatione quæ, quia initio nulla erat, non potuit in judicium deducta videri: idque ita explicatur in *L. non quemadmodum*, *D. de judic.* Quæ res facit ut, si actor mutuum illud postea secutum consequi velit, necessaria sit illi ad eam rem nova interpellatio et novum judicium. Quod si quis petierit rem ad jus suum jam tum cum petebat pertinentem, ut fit cum heres petit hereditatem suam, omnino judicium de ea petitione consistet etiam adversus eum qui

(4) Recte. Non hic, ut in specialibus actionibus, necesse est res hereditarias designari et specifice exprimi, sed, quia judicium est universale, generalis hic libellus substinetur quo heredem se declarari et res sibi restitui petit, absque ulla earum mentione. Covar. *Pract. QQ. Cap.* 12. *n.* 1. Menoch. *Arb. Cap* 176. *n.* 11. Costal. *in L.* 6. *de R. V.* Achill. Personal. *h. Tr. n.* 555. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 29. *n.* 2. Myns. *in Cap.* 8. *Extr. de probat. n.* 9. Gail. 1. *Obs.* 68. Sich. *ad L.* 2. *C. h. t. n.* 11 Wes. *ad h. t. C. n.* 32. *et n.* 43. Modest. Pist. *Vol.* 1. *Cons. n.* 17. postea scribens in executione inquiri, quid restitui debeat, cum principaliter hæc actio detur ad declarandum jus actoris, restitutio autem venit officio judicis. Et hoc ita, etsi petierit actor unius rei restitutionem, *d. L.* 4. *h. t.* verbis *de qua sola controversia erat.* Quanvis non defuerint qui, rebus certis libello expressis alias in judicium deductas non videri voluerunt. Personal. *d. loc. n.* 556. *et seqq.* Menoch. *Cap.* 176. *n.* 7. *et seqq.* quod ad eas se restrixisse et coangustasse actionem universalem ac effecisse judicium singulare videatur, quodque in rebus noviter possessis reus non defensus sit nec auditus, nec liqueat an titulo singulari eas teneat, an sit alia justa defensionis caussa. Quos probat Covar. *Pract. QQ. Cap.* 12. *n.* 6. Et Gomez *in L. Tauri* 45. *n.* 166. post varias interpretationes *d. L.* 4. extensas statuit quod in *d. L.* 4. petitio restricta sit ad unam solam rem. Sed si prius petiit se heredem declarari, quod necesse est, postea si aliæ res possideri incipiant, alium libellum, litis contestationem, juramentum calumniæ etc. non desiderari. Quia, sit cum primus libellus sit super actione universali, et in eo jam petitum quod principaliter et jure actionis venit (nempe declaratio heredis) extenditur ejus vis ad omnes res, ita tamen ut summarie eas petat actor, implorato judicis officio, quod is impertit post summariam cognitionem. Qua de caussa, et quia sententia generalis libello conformis: Condemno te ut restituas quicquid ex hereditate Titii possides: (qualis hic valet, etsi sententia sine certa quantitate reprobetur, cum sufficiat hic certitudo quoad jus universum, Wesenb. *h. t. C. n.* 43. Petr. Barbosa *ad tit. D. sol. matrim. P.* 3. *Rubric. n.* 44. *et seqq.*) executioni, antequam processu summario liquidatio et probatio rerum hereditariarum facta, mandari nequit; non stulte facit qui res certas exprimit, ut Sich. *in Rub. C. h. t. n.* 5. censet: sed imo caute et prudenter, si in libello aliisve articulis designet et in termino probatorio probet, ut judex certiorem sententiam ferre possit, ejusdemque ex editior sit executio. Gail. *d. Obs.* 68. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 29. *n.* 3. Ubi tractat an possessor ad inventarii pariter exhibitionem et juramenti præstationem teneatur. Et alterutro contentum esse debere judicatum testatur. Ut et Modest. Pist. *P.* 3. *Q.* 136.

(5) Vid. de *d. L.* 23. *infra Lib.* 26. *C.* 4. Plane Ant. Gabr. *Rom. Lib.* 2. *Comm. Conclus. tit.* 1. *de judic. Concl.* 3. *n.* 4. *et* 5. regulam illam non procedere vult in judicio universali, quia natura ejus ea, ut omnia includat.

nihil ejus rei possideat, si modo dicatur possidere; eritque is exitus, ut si inter moras possidere incipiat quod pertineat ad jus petitoris illud deductum in judicium, id ei qui jure suum petierit restituere debeat. Neque hic spectabimus quid ab initio fuerit in possessione rei aut non fuerit: quoniam actionem ex jure petitoris metimur, non ex persona possessoris, seu ejus cum quo tanquam cum possessore agitur, *L. 1. §. 1. D. si pars her. pet.*

IX. Hæc sententia de rebus post litem contestatam possideri cœptis restituendis generalis est, pertinetque non ad petitionem hereditatis tantum, sed etiam ad omnes speciales in rem actiones. (6) itemque actiones in personam eas in quibus a persona ejus cum quo agitur, actioni locum facit illius possessio. Recepta est hæc sententia in rei vindicatione, *L. sin autem, §. 1. D. de rei vind.* recepta in actione ad exhibendum, *L. tigni §. si quis non, D. ad exhib.* recepta in actione depositi adversus eum qui sine dolo rem depositam possidere desierat, cujus possessionem inter moras judicii recuperavit, *L. 1. §. non tantum, D. depo.* Sic et in actione de peculio adversus patrem dominumve cum quo actum est de peculio tunc cum in peculio nihil haberet, sed postea cœpit habere, *L. quæsitum, in pr. D. de pecu.* Adversus quas sententias cum in communi caussa eædem sint illæ objectiones quas modo dixi, etiam adversus eas objectiones eandem responsionem esse intelligendum est.

X. Verum est igitur, quod supra posuimus, si de rebus hereditariis quæ a victo possidentur quæritur, omnes hoc judicio restitui debere, etiam quas initio litis non possessas reus postea nactus est, primum quod hæ in judicium de petitione hereditatis deductæ sunt, ut potestati judicis subiectæ sint: deinde quod nihil est æquius quam rem hereditariam heredi, ad cujus jus pertinet, restitui; et restitui ab eo qui ejus restituendæ facultatem habet, ubi scilicet is hac de caussa sine ullo damno rei familiaris possit eam restituere.

XI. Sic tamen res omnes hereditariæ quas victus possidet ab eo restituendæ sunt, dum ne sint plures aliquæ, quæ unius vice fungantur: quales si occurrent, æquum est unam restitui, et si quid est amplius in altera quod forte consecutus sit possessor hæreditatis. Utramque autem exigi est contra bonam fidem, quæ non patitur ut bis idem exigatur, *L. bona fides non patitur, D. de reg. jur.* Incidit autem hoc genus rerum in una hac specie, cum possessor hereditatis rem hereditariam vendidit et pretium accepit, ac deinde eamdem rem redemit postea ut sic eodem tempore et rem habeat, et pretium. Hic cernere est duas res hereditarias, rem et pretium ante perceptum. Rem quidem sine dubio quæ, cum priusquam primo venderetur hereditaria fuerit, venditione possessoris non desiit esse hereditaria: non enim is facto suo jus heredis mutare potuit, *L. debitorem, C. de pignor. L. debitorum, C. de pact. L. solvendo, D. de neg. gest.* Pretium autem ex re hereditaria perceptum, et ipsum fieri hereditarium satis supra dictum est. Num ergo possessor et rem et id pretium restituere debebit? Si res per se singulas spectamus, debebit: est enim utraque per se hereditaria. Sin ut inter se affectas, non debebit. Sane enim pretium res hereditaria est, sed ideo quia in locum rei hereditariæ distracta successit, ut est in *L. si et rem, D de her. pet.* Sed et qui pretium habet, ipsa re frui videri dicitur, *L. quia, D. de usuf.* Res quoque distracta sic hereditaria est, ut qui eam habet, una etiam pretium rei habeat, quod non nisi pro re absente præstatur, *arg. in L. Labeo et Sabinus, D. de verb. sig.* Ita fit omnino ut hæ res, quanvis corpore diversæ, tamen æstimatione et vi ipsa unius atque ejusdem rei vicem obtineant: ut qui unam habet, si alteram desideret, eamdem exigere videatur. Quod cum sit contra bonam fidem bis idem exigi, æquitas non patitur, ut heres in hac specie et rem et pretium consequatur. Quid ergo est? aut rem tantum restituere debebit possessor, aut pretium tantum. Immo rem semper, sed et ex pretio id quod amplius ex eo consecutus est quam quanti rem redemit, quia id possessor ex venditione rei lucratus est. Ut puta, vendidit rem viginti et id pretium consecutus est: deinde eandem rem redemit ab homine paupere quindecim. Restituet rem quam hereditariam esse constat, et præterea quinque quæ, præter rem eiusque rei verum pretium in lucro habet, consecutus ea ex priore rei hereditariæ venditione; eaque sententia est *d. L. si et rem, de hered. petitione.*

XII. Hæc dicta sunt de iis rebus hereditariis quas possessor victus possidet: in quibus restituendis omnes possessores pares, ut ostendimus, sive bona fide possideant

(6) Non tamen eadem ratione, de quo *infra Lib. 20. Cap. 5. N. 2.*

hereditatem, sive mala fide: id æquitas restitutionis postulat, de qua dixi. Quod pertinet ad eas res hereditarias quas victus non possidet, quod alterum genus rerum restituendarum de quo quæri diximus; de his ita jus est, ut si possessor habere non potuit, nunquam teneatur; si potuit, teneatur interdum, alias non teneatur: de quo ex conditione possessoris statuendum est. Nempe alia in hoc genere habita est caussa bonæ fidei possessoris, alia possessoris malæ fidei, nec aliis in rebus hæc possessorum distinctio est usurpata. Itaque postulat hic locus ut de persona ipsa possessoris prius, sic deinde de jure restitutionis, quod servatur in hoc genere rerum, quæratur.

XIII. Bonæ fidei possessor in hereditate dicitur is, qui se heredem esse existimat: sic describitur in *L. item veniunt*, *§. petitam*, in fin. *de hered. petit.* Is se existimare heredem esse intelligitur, non continuo qui se dicit esse heredem nec quidquam ad probationem adjicit amplius; sed qui justam caussam habet cur existimet hereditatem ad se pertinere, et eam caussam affert qua se jure ita existimare doceat. Id declaratur verbis senatusconsulti quod de petitione hereditatis factum refertur in *d. L. item veniunt. §. pridie.* Nam qui illic possessores initio dicuntur existimare se heredes esse, quod fit in prima clausula senatusconsulti, hi paulo post ita designantur, ut dicantur esse ii qui justas caussas habent quare bona ad se pertinere existiment, clausula penultima. Justam caussam quis habet cur putet se heredem esse cum non sit, aut ex testamento, ab intestato. Ex testamento: si quis se testamento institutum dicat et testamentum proferat, sed inutile, quod tamen inutile esse ignoret: puta testamentum injustum quo ipse institutus sit, filio qui in potestate erat præterito, sed quem jampridem mortuum esse putabat: dum autem is hereditatem vindicat tanquam filius, aut non agnoscitur a possessore, aut vindicat absens per procuratorem quem possessor filii procuratorem esse non putat; vel profert testamentum ruptum postumi qui præteritus erat agnatione, sed quem natum defuncto ignorabat, dum is alibi nascitur, et ii qui se tutores dicunt, pupilli nomine vindicant hereditatem. Hæc facti ignorantia est, quæ in omnibus etiam prudentissimis justam erroris caussam habet, ut proinde nemini noceat, *L. 2. L. vere*, *L. pen. D. de jur. et fact. igno.* Ab intestato justam caussam habet idem existimandi qui, nullo testamento facto, proximitatis jure hereditatem occupavit, cum quidem esset proximus cognatus defuncto, sed eum illi gradu præcederent quos tamen venire aut tales esse ignorabat, et cum vindicarent hereditatem præsentes, non agnoscebat eos pro talibus, aut vindicabant per procuratorem quem eorum procuratorem esse non putabat. Nam et hic facti error est similis superiori, qui ubique eamdem excusationem habet. Quid ergo, si in his caussis possessor in jure erret? Ut puta, possessor heres testamento institutus est, filio qui in potestate erat præterito, ingrato quidem sed tamen nulla justa caussa exheredationis adscripta præterito. Hunc scit possessor vivere, et quid testamento de eo constitutum sit videt: sed putat nihilominus testamentum valere forte jure vetere, æquitate caussæ deceptus, quod dicat filium meritissimo summotum esse ab hereditate, ut qui olim patris vitæ insidias struxerit, quod et probare sit paratus. In jure errat: quia jure novo etiam in summis caussis ingratitudinis nihil filio præterito ingratitudo obest ad tuendum testamentum nisi caussæ adcriptæ sint testamento, *auth. non licet*, *C. de lib. præt. vel exh.* Vel testamentum profertur, ubi non est adhibitus legitimus numerus testium, vel adhibiti sunt testes conditione non idonei, ut mulieres, impuberes: nihilominus possessor hæc satis esse ad testationem, eoque et testamentum valere putat. Et hic quoque in jure errat. Idem est, si cum alius præcederet agnatus, putavit potius sibi ab intestato deferri. Quærimus ergo, an in hoc juris errore possessor hereditatis pro bonæ fidei possessore sit habendus, ut in rerum hereditariarum jure hujus possessoris utatur. Movet regula juris qua traditur generaliter juris ignorantiam cuique nocere, seu ad deprecandam pœnam adversus scientes constitutam non prodesse, *L. pen.* in pr. et *§. pen. in fin. D. de jur. et fac. ignor.* Et placet eum prædonem, id est malæ fidei possessorem non videri, qui dolo caret, quanvis in jure (7)

(7) Consentit præter relatos *supra Lib. 5. Cap. 14. N. 6.* Vital. 1. *Var. Lect.* 24. Covar. 1. *Var. Resol.* 3. *n.* 8. Azo *in summa C. h. t. n.* 11. Gœd. *ad L.* 109. *de V. S. n.* 5. *et* 6. Diss. præter illic citatos in his terminis nostris hac de re disceptans Pinel. *in L.* 2. *C. de rescind. vend. P.* 2. *et* 4 *n.* 31. *et seqq.* Ubi *n.* 34. *et seq.* errorem juris nec ad acquisitionem fructuum prodesse statuit Et in *d. §.* 6. non hoc velle IC. quod

erret: hoc in *L. sed etsi lege*, §. *scire D. de her. pet.* Relinquitur igitur, ut is pro bonæ fidei possessore sit habendus. Et recte. Quod enim dicitur juris ignorantiam cuique nocere in *d. L. pen.* sane generaliter dicitur, sed regula est quæ et ipsa, ut fere aliæ, suas habet exceptiones. Inter quas hæc una est ducta ex re de qua agitur, ut nulli juris error noceat in damnis amittendæ rei suæ. Extat in *L. error. D. eod. tit.* Atqui quod quæritur quis sit bonæ fidei aut malæ fidei possessor in rebus hereditariis restituendis, in his solum rebus locum habet quas reus non possidet; nam in iis quæ possidentur, omnes, ut dixi, possessores pares sunt, ut in illis rebus omnis hæc inutilis sit distinctio. Iam vero cum de iis quæ a reo non possidentur, ab eo restituendis agitur, omnino de damno rei possessoris amittendæ agitur. Id enim agi apparet, ut quod reus de hereditate non habet, id dependat de suo atque ita hactenus suum amittat. Merito igitur illi in hac re juris error nocebit quominus pro bonæ fidei possessore habeatur, ex superiore exceptione.

XIV. Hinc jam ex contrario quis sit malæ fidei possessor intelligitur. Est igitur malæ fidei possessor in hereditate qui scit hereditatem ad se non pertinere, sic enim de malæ fidei possessoribus senatusconsultum loquitur, *L. item veniunt*. §. *pridie.* illic, *item eos*, §. cæterum, *D. de heredit. petitio.* Et scire quis ad se non pertinere ex eo arguitur, si nullam caussam habeat possidendi, *L. sed etsi*, §. *quod autem ait, D. eod.* Is autem nullam habere intelligitur, non solum qui ex testamento hereditatem sibi defendens, nullum testamentum profert quo sit institutus, aut defendens ab intestato, nullum jus sanguinis aut cognationem allegat: sed etiam qui ex caussa testati testamentum profert sed injustum filio præterito, aut ruptum postumi agnatione, neque hæc accidisse, aut ex his caussis inutile esse testamentum ignorat; ab intestato autem, qui jure cognationis hereditatem occupavit non ignarus alium proximiorem esse ad quem etiam sciat jure hereditatem pertinere. Non solum autem is malæ fidei possessor habendus est qui ab initio sciens se heredem non esse, bona occupavit: sed etiam qui cum ab initio bona fide tanquam heres cæpisset possidere, postea se heredem non esse cognovit, et nihilominus in bonis pro herede se gerit, *L. sed etsi lege*, §. *de eo autem. D. de her. pet.*

XV. Quibus de persona et conditione possessorum cognitis, jam de jure restitutionis adversus istos videamus: quando ita proposuimus, in iis rebus quæ a reo non possidentur restituendis, aliam caussam esse bonæ fidei possessoris, aliam malæ fidei. Et quoniam in hoc genere plenior est præstatio malæ fidei possessoris, minor ejus qui bona fide possidet, prioris illius præstationis velut exceptionem aut partem continens; ideo recte atque ordine in hac restitutione facturi videmur, si de malæ fidei possessoris præstatione prius tanquam de pleniore, post deinde de præstatione bonæ fidei possessoris tanquam de prioris exceptione, aut parte posterius dicamus. De rebus igitur hereditariis, quæque hereditariæ esse poterant si quæsitæ essent, quas malæ fidei possessor victus non possidet, ita jus est comprehensum senatusconsulto: ut qui scierunt bona ad se non pertinere, quos malæ fidei possessores et prædones appellamus, ii omnium rerum nomine de quibus fecerunt quominus ex hereditate possiderent, etiamsi ante litem contestatam id fecerint, perinde teneantur et perinde condemnandi sint, quasi possiderent: sic clausula est senatusconsulti in *L. item veniunt*, §. *pridie*, illic, *item eos*, *L. sed etsi*, 1. *D. de heredit. petition.* Per possessorem fieri quominus quid ex hereditate possideat, quæ verba sunt superioris clausulæ, duobus modis intelligitur. Uno, si quando quid possedit quod postea possidere desiit: sic enim fit per eum quominus habeat quod retentum poterat adhuc possidere. Altero, si quid nunquam possedit quidem, acquirere tamen potuit ex rebus hereditariis si curam adhibuisset, quod ideo non possidet quia non curavit admittere: qui modi in horum interpretatione obiter notati sunt ab Ulpiano in *L. sed etsi*, §. *perinde. de heredit. petitio.* Ita etiam intelligimus duo genera esse rerum non possessarum quarum restitutio superioribus verbis a malæ fidei possessore exigatur. Unum earum quas possidere desiit: alterum earum quas, cum acquirere posset, omisit. Omnino vero utriusque hujus generis rerum nomine malæ fidei possessor tenetur, ut perinde omnes restituere de-

error is a restitutione fructuum excuset, sed a nomine et pœna prædonis, quod levius est, ne scilicet teneatur de fructibus percipiendis. Si quis tamen erraverit jure dubio, eum similem esse errori facti scribit ibid. *n.* 40. *etc.* Quæ nunc non exequor.

beat, eoque nomine condemnari quasi possideret. Quod quale sit, singulis generibus separatim cognitis, fiet planius et certius.

XVI. Primum ergo de priore genere hoc statuamus, malæ fidei possessorem, si quæ prius possessa possidere desiit, quocunque modo desierit, nisi quæ justa caussa eum excuset, omnia restituere debere, quasi possideret. Id enumeratione partium, quibus fit ut quis desinat, certius intelligetur. Quisquis quid possidere desinit quod habebat, aut desinit dolo malo, aut culpa, aut casu fortuito. Quidquid horum factum erit, malæ fidei possessorem, quasi possideret, teneri placet. Si dolo, constat. Nam per hunc maxime fit quominus possideat qui dolo et dedita opera fecit quominus possideret, *L. sed etsi*, §. 1. *D. de heredit. petit.* Sed et in omni parte juris dolus pro possessore est, *L. qui dolo*, *D. de reg. jur.* Idque est quod dicitur, dolum præteritum in petitionem hereditatis deduci, *d. L. sed etsi*, §. 1. §. *si ante*. Si culpa, idem juris est. Non enim minus verum est per eum factum esse quominus habeat, cujus culpa factum est quominus haberet, *d. L. sed etsi*, §. 1. Congruit regula juris quæ dictat culpam in re quæ præstari debeat, perpetuare obligationem, *L. si servum*, § *sequitur*, *D. de heredit. petit.* Si casu res amissa est, videri potest possessor, quamvis malæ fidei, superioribus verbis senatusconsulti non teneri: quoniam in casu cui nulla culpa negligentiave, nullum denique factum omissumve possessoris caussam dederit, non possit dici per possessorem factum esse quominus eo casu rem haberet. Placet tamen hoc casu possessorem malæ fidei teneri nihilominus: hac ratione, quod si petitor rem consecutus esset, distraxisset, et verum pretium non perderet, *L. item veniunt*, §. *ult. D. de heredit. petit.* quod et ipsum eadem ista ratione servatur in aliis actionibus adversus malæ fidei possessores et frustratores debitores, *L. item si verberatum*, §. *ult D. de hered. pet. L. cum res* §. *ult. D. de leg.* 1. Neque moveri nos oportet superioribus verbis senatusconsulti. Sane enim cui res casu fortuito amissa est, non fit per eum quominus corpus ipsum amissum possideat. At fit per eum quominus ipse aut petitor habeat pretium. Distrahere enim ipse potuit et pretium habere: potuit et petitor re ante restituta idem consequi: quod quia factum non est, idque culpa possessoris contigit, negari non potest per eum factum esse quominus haberetur. Quod si hoc modo fecit quominus pretium haberet, recte etiam dicemus per eum factum esse quominus rem haberet, quoniam pro re est pretium. Unde illa, eum videri re frui qui pretio fruitur, *L. quia*, *D. de usufruct.* et contra, cui pretium abest, et rem abesse videri, *L. Labeo et Sabinus*, *D. de verbor. signif.* Ut nihil aliud, certe pertinet hæc præstatio ad superiorem illam constitutionem juris qua dicimus culpam perpetuare obligationem. Hæc enim constitutio sic accipitur, ut culpæ verbo contineatur mora, quæ et ipsa culpæ species est, qua eadem propterea obligationem perpetuari placet, ut quidquid damni in re petita contigerit post moram, id moram passo debeat præstari, *d. L. si servum*, §. *sequitur*, *de verbor. obligat. L. item si verberatum*, §. *ult. de rei vindic.* Constat autem maxime præter cæteros moram facere eos qui rem alienam mala fide possident, quam aut ab initio nec attingere, aut cognitam statim restituere debuerunt, *L. ult D. de cond. fur. L. penult. D. unde vi.*

XVII. Sed hæc æquitate temperanda sunt. Interveniunt enim interdum justæ caussæ quæ possessori malæ fidei ne, re amissa, teneatur quasi possideret, justam defensionem tribuant. Cujus generis caussæ quatuor. Una est, et ea maxime in promptu, si qua res sit jam ante petitori a possessore restituta. Ut puta: legitimus heres qui legatum ab herede scripto perceperat, petit postea hereditatem et evicit. Recte responsum est, si legatum quocunque modo possessori redditum non sit, officio judicis contineri ut victori, deducto eo quod accepit, restituatur hereditas: hæc in *L. cum is qui*, 44. *D. de her. pet.* Sed hoc dubitationem non habet. Frustra enim petet heres sibi restitui quod habet: frustra et inique bis idem exiget, *L. bona fides non patitur*, *D. de reg. jur.* et si pecuniam forte de suo solvit possessor, ea tanquam impensa utilis deducetur, *L. plane*, *D. eod.* Illæ caussæ quæ sequuntur, plus habent difficultatis: quæ tamen et ipsæ rei amissæ periculo possessorem liberant. Secunda igitur hujus generis caussa est: si casu sine culpa possessoris res periit ita ut, etsi restituta esset, nihilominus eodem modo peritura esset petitori, *L. si plures*, in fin. *D. dep.* Sic res pariter interitura fuisse apud petitorem intelligitur, si et casus fatalis fuit, ut nostri vocant, seu casus divinitus nulla hominum opera immissus; et petitor rem receptam distracturus non fuerit. Casus divinitus immissus est, veluti si ædes hereditariæ de cœlo tactæ corruerint, aut conflagrarint: si fundus chasmate perierit: si pecora aut jumenta demortua sint. Et sunt sane hi casus hujusmodi, ut ubicunque res fue-

rit, apud petitorem æque atque apud possessorem ista eventura fuerint. Sed hoc amplius exigimus, ut petitor rem receptam ante distracturus non fuerit. Nam si fuit distracturus, atque adeo si distrahere potuit, jam ante dixi pretium petitori restitui debere. Et vero non videtur peritura res fuisse actori, si pretium ejus recipere potuit, quia fuisset rem receptam distracturus, ut declaratur in *L. item si cum.* §. *pro ea*, in fin. *D. quod met. cau.* Tunc ergo vere dicitur illi peritura res fuisse, cum et corpus illi periturum fuisset iisdem casibus, et periturum pretium quia rem non fuisset distracturus: finge minoris divitis nomine peti heredem, et res interiisse superioribus casibus. Possessor interitum non præstabit: quia res receptas minor distrahere non potuisset jure alienationem prohibente, *L.* 1. *D. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt.* Quod est æquissimum. Non enim in universa hac restitutione id agitur ut petitor lucri aliquid faciat a possessore, sed ut eo quo damno afficiatur propter hereditatem suo tempore non restitutam. Unde jus adversus eos a quibus petita est hereditas, ita constitutum habemus, ut post acceptum judicium id actori præstetur quod habiturus esset, si eo tempore quo petit restituta esset hereditas, *L. illud*, *D. de hered. petit.* Constat autem petitorem ob rem non restitutam damnum non facere, si re restituta æque rem et pretium amissurus fuerit. Altera caussa est, re amissa, possessori malæ fidei liberationem afferens, si res ei judicio sit evicta, *L. a quo servus*, *D. de rei vind. L. pen. D. de her. pet.* Cujus rei æquitas hæc est, primum quod isto modo æque futurum erat ut petitori res auferretur. Deinde quia jure fit et necessario, ut quod evictum est restituatur victori: quod jure fit, pœnam non meretur, *L. Gracchus*, *C. ad leg. Jul. de adult.* Tertia caussa est quæ rei saltem ipsius et æstimationis ejus præstatione possessorem malæ fidei liberat, si rem distraxit utilitate hereditatis ita cogente. Hic pretium redactum debebit possessor ut hereditarium, non etiam rem distractam cum fructibus, aut ejus rei veram æstimationem, si forte pluris res valeat quam distracta est, veluti si æris alieni hereditarii exsolvendi caussa distraxit, cum pecunia deberetur sub pœna vel usuris: si impensæ necessariæ in rem hereditariæ factæ: si res distractæ, quæ mora perituræ aut deteriores futuræ erant, *L. item veniunt*, §. *simili modo*, 2. *L. non solum*, *D. de hered. petit.* Hæc caussa manifestam æquitatem habet. Nam, præterquam quod possessor officio cogebatur hereditarias utilitates tueri, etiam hæc alienatio est in rem petitoris: ut pote per quam consequatur ut, aut ne in pœnam vel usuras incidat, aut ut res salvas habeat quas alioqui esset amissurus.

XVIII. Quod de rebus hereditariis in totum amissis diximus, id et re ex parte deminuta, puta deteriore facta, intelligendum est ut, si res hereditaria dulo aut culpa malæ fidei possessoris deterior facta sit, teneatur is quanto res deterior facta est: veluti si vineæ, pomaria, agri, horti præter consuetudinem culti pejores esse cœperint, *L. ei qui partes hereditarias*, 54. §. *cum prædia urbana*, *ultim. D. de heredit. petit.* Nec dicet possessor ad idoneam culturam fuisse sumptu opus, se autem eum sumptum facere noluisse aut non potuisse. Nam qui culpam in re tuenda curandaque præstare debet, nisi hunc sumptum fecerit, etiam hujus culpæ reddet rationem, *L. si quid possessor.* 31. §. *illud plane prædoni*, *D. de heredit. petit.* Et certe, re deteriore facta, non minus verum est per possessorem factum esse quominus rem ita ut ante possideret, quam re in totum amissa, verum est per eum factum esse quominus in totum possideret.

XIX. Non solum si quid male fidei possessor ante possessum de hereditate possidere desiit ita, ut diximus, tenetur is eo nomine, quasi possideret; sed et si quid cum acquirere posset, dolo aut culpa omisit: quæ erat altera species rerum non possessarum, in quibus non minus vere dicitur per possessorem factum esse quominus eas quæsitas possideret, *L. sed etsi lege commissoria*, 25. §. *perinde*, *inquit*, 8. *D. de hereditat. petition.* Hujus generis res sunt pecuniæ debitæ a debitoribus hereditariis non exactæ, fructus non percepti ex rebus hereditariis, usuræ pecuniæ hereditariæ non perceptæ: quæ omnia si a possessore malæ fidei percipi potuerunt neque percepta sunt, eadem necessitate præstationis tenentur, qua tenentur ea quæ ille ante possedit aut etiam nunc possidet.

XX. Pecuniæ a debituribus hereditariis non exactæ in hac caussa sunt, si cum eas exigere posset malæ fidei possessor, per eum factum est quominus jam exigi possent, dum scilicet patitur aut actionis tempus exire, aut debitores pauperiores fieri, ut jam non sint solvendo. Sed hoc, inquam, dum exigere potuerit malæ fidei possessor vel a se, vel ab alio, *L. sed etsi lege commissoria*, 25. §. *item si rem distraxit*, *D. de heredit. petition.* Quod quidem a se sem-

per facere potest, si quid unquam hereditati debuit; ut proinde si non exigat in tempore, et tempore sit liberatus speciali actione, semper sit quod ei imputetur, *L. si pupilli tui*, 6. §. *videamus in persona, ult. D. de negot. gest.* Ab alio autem, si quas acquisierit ex rebus hereditariis adversus alium actiones, quibus ipse suo nomine adversus debitorem potuit experiri: de quibus actionibus diximus inter res hereditarias. Quod si possessor exigere non potuit, quod fit cum alii fuerunt debitores hereditarii, qui jam olim defuncto, aut postea hereditati ipsi non possessori debere cœperant; nihil est hic, quod imputari possit etiam prædoni, cur passus sit eos debitores liberari, aut fieri pauperiores. Non enim potuit eos judicio convenire, etiam si vellet, adversus quos nullam actionem habuit. Ideo si quid hic cessatione amissum sit, placet ne prædonem quidem eo nomine teneri, *L. si quid possessor solvit*, 31. §. *illud plane prædoni*, *penult. D. de heredit. petit.* congruit *L. si pupilli tui* 6. §. *videamus in persona*, *ultim. de negot. gest.* Et certe apparet hunc esse, per quem factum non sit quominus pecunias non exactas haberet qui eas, etiam si vellet, habere non potuit. De invitis et recusantibus debitoribus loquor. Nam si debitores parati fuerint ultro solvere possessori et is non admisit, palam est tam dolo, aut culpa ejus fieri quominus pecuniam acceptam habeat: quamobrem et eo nomine tenebitur, si nomen aut nullum postea, aut deterius esse cœperit, *d. L. sed etsi lege commissoria* 25. §. *pirinde*, *inquit*, 8. *de heredttat. petition.*

XXI. In eadem caussa fructus rerum hereditariarum non percepti. Fructus malæ fidei possessor ex hereditate restituere omnes debet; perceptos quidem citra controversiam, sive exstent, quia possidet; sive consumpti sint, quia per eum factum est quominus retineret: sed non minus et non perceptos, quos ex rebus hereditariis percipere potuit: nam et debuit; ut his non perceptis non minus vere dicatur per eum factum esse quominus eos possideret, *L. sed etsi*, §. *quod autem ait*, *D. de heredit. petition. L.* 1. *C. eod.* Sed hic paulo pluribus monendi sumus, quod supra attigimus leviter in fructibus hereditariis perceptis, esse in hoc genere, quod inter fructus perceptos, et non perceptos intersit. Nam quod jam tum diximus, omnis possessor et maxime malæ fidei fructus perceptos omnes restituere debet, etiam si non honeste percepti sint, veluti si pensiones perceperit ex lupanario, *L. si possessor*, 52 *L. ancillarum*, in fin. *D. de heredit. petitio.* Ex quo esse videri potest illud Africani; *cum hereditas petita est, eos fructus quos possessor percepit, omnimodo restituendos, etsi petitor eos percepturus non fuerat*, L. cum hereditas, *antep. D. eod.* Certe hoc genus maxime accidit in inhonestis istis fructibus; finge enim a possessore perceptos, petitorem autem virum bonestum esse et frugi, qui nunquam commissurus esset ut res suas prostitueret ad turpes istos quæstus: nihilominus possessor perceptos istos fructus huic honesto petitori restituet. At fructus non perceptos eos solum restituet etiam prædo, qui honeste percipi potuerunt. Ut, si fingas lupanar fuisse in rebus hereditariis exercitum a defuncto: si tamen possessor hujusmodi quæstus non fecit, non præstabit, *L. fructus*, 33. *D. de rei vindicat.* Utrumque optima ratione. Nam in fructibus perceptis, id est in re jam facta, spectamus id quod natura suggerit, nempe id quod factum est. Constat autem eos fructus qui percepti sunt vere perceptos esse, etiam si inhoneste percepti sint. Et ut percepti sunt a possessore, ita in his lucrum a possessore factum esse constat. Porro omne lucrum ex hereditate possessori etiam bonæ fidei auferendum, *L. post senatusconsultum*, *D.* de heredit. petit. *ne*, inquit Hermogenianus, *honesta interpretatio* (8) *non honesti quæstus lucrum possessori adferat*, d. *L. si possessor*. 52. At in fructibus non perceptis, cum natura spectare non possimus lucrum factum, quod re vera nullum factum est, quid aliud spectare possumus, quam lucrum quod fieri potuit, eoque et fructus, qui percipi potuerunt et debuerunt? Et vero hos solos æstimandos esse dicimus, *d. L.* 1. *C. de petition. hereditat. d L. sed etsi lege*, §. *quod autem ait*, *D. eod.* Atqui si hoc quæritur, qui per-

(8) Et ratio in *d. L.* 52. cujus hæc sententia, ne si interpretemur honestum esse, ne petitor desideret inhonestum quæstum sibi restitui, hac ratione efficiamus ut is maneat apud possessorem, quod indignum, Cujac. 4. *ad Afric. in L.* 56. *h. t.* Nam vel utrique auferendus erit, vel si alterutri, innocenti potius dandus. Atqui honestius est inhonestos quæsitos cedere lucro petitoris quam possessoris. Atque sic non obstat *L.* 5. *D. de usur.* Quia horum fructuum præstatio non est inhonesta petitori, etsi preceptio fuerit inhonesta possessori, Pac. 5. *Q.* 41. De malæ fidei possessoris præstatione fructuum, add. Jo. Copus *L.* 2. *de fruct. t.* 1. *Cap.* 1. *et* 2.

cipi possint, res expedita est; certa enim interpretatione juris utimur, qua fit, ut solum ii percipi posse intelligantur, qui honeste potuerunt; et generaliter solum id fieri posse, quod honeste potuit: Præclare namque Papinianus, *quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram; et ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, ea nec nos facere posse credendum est*, L. filius. *D. de cond. inst.*

XXII. Fructuum vicem usuræ in pecunia debita obtinent: ut quibus in judiciis corporum fructus a possessore præstandi sunt, in iis judiciis ob easdem caussas usuræ præstandæ sint pecuniæ debitæ, *L. usuræ vicem fructuum*, 34. *D. de usu.* Hinc illa de pretiis rerum ex hereditate distractarum: si quis sciens hereditatem ad se non pertinere distraxit, petitore pretium eligente, una et pretium et usuras pretii in restitutionem venire, *L. item veniunt*, §. *cæterum*, §. *redactæ*, *D. de hered. petit.* Item si bonæ fidei possessor rem hereditariam vendiderit, sic eum pretia solum debere ante litem contestatam, quibus solis locupletior factus est, ut si hereditas ab eo peti cœperit, atque ita ipse possessor malæ fidei fieri, exinde usuræ pretii rerum ante venditarum accedant, *L.* 1. *C. de petit. hered.* Cur ergo ita usuras a malæ fidei possessore exigimus? quia usuræ sunt pecuniæ ab illo tractatæ, aut ab illo principaliter deberi cœptæ velut fructus, *d. L. usuræ. de usur.* quos ideo a se exigere ut potuit, ita et debuit: si non fecit, apparet per eum factum esse quo minus haberet, ut proinde ex senatusconsulto in eamdem condemnationem veniant.

XXIII. Sed videndum est diligenter cujus rei usuras a malæ fidei possessore hic velimus esse præstandas: nempe solum pecuniæ hereditariæ, et ejus quam tractarit aut aliter hereditati tanquam pecuniam debere cœperit. Si quid aliud erit quod possessorem restituere oporteat, ejus usuras non præstabit. Primum si in restitutione est certum corpus et certa species, cujus nomine malæ fidei possessor tenetur; quanvis corpore ipso amisso res illi redeat ad æstimationem litis præstandam, tamen eo nomine usuras non debebit; ubi scilicet ita semper tenetur, quasi res exstaret. Id efficit natura usurarum, quæ pecuniæ tantum numeratæ, non certæ speciei nomine debentur, *L.* 3. §. *ult. D. de usur.*

XXIV. Huc referri debent Papiniani de usuris perceptorum fructuum definitiones duæ, quæ detracta hac ratione exitum apud interpretes nondum invenerunt, ut pote in speciem ineptæ aut absurdæ. Ad hanc rationem revocatæ ipsæ sibi constant, et verissimæ esse, ac cum certo de usuris jure congruere reperiuntur. Una definitio est in *L. neque*, *D. de usur.* in hæc verba: *Neque eorum fructuum qui post litem contestatam officio judicis restituendi sunt, usuras præstari oportere; neque* (9) *eorum, qui prius percepti quasi malæ fidei possessori condicuntur.* Loquitur utrobique Papinianus de fructibus a malæ fidei possessore perceptis. Nam et qui post litem contestatam percepti sunt, quamvis ab eo qui ante bona fide possedit, tamen a malæ fidei possessore percepti intelliguntur: quia is ut primum, saltem per litis contestationem malæ fidei possessor esse incipit: de quo postea in persona bonæ fidei possessoris, *L. sed etsi*. §. *si ante*, *D. de heredit. petit.* Hoc ergo dicit Papinianus, nullorum fructuum a malæ fidei possessore perceptorum usuras esse præstandas, sive post, sive ante litem contestatam percepti sint. Sententia verissima, sive fingamus fructus perceptos adhuc exstare, sive esse consumptos. Exstantium usuræ non debentur, quia extantes certa specie continentur et soli sunt in restitutione: jam autem dixi, certæ speciei usuras non esse. Si consumpti sint, tamen idem juris est; quia ut mox dicemus, semel percepti a possessore, quanvis consumpti aut amissi, perpetuo apud possessorem exstare intelliguntur: ut quanvis eorum consumptorum nomine præstetur pecunia, tamen præstetur ipsorum fructuum nomine per consequentiam, ipsi autem fructus principaliter semper sint in præstatione. Altera definitio Papiniani exstat in *L. heres*, §. *ult. D. de heredit. petit.* his verbis; *fructuum post hereditatem petitam perceptorum usuræ non præstantur.* Hactenus eadem sententia quæ et in *d. L. neque*, ut alia explicatione non egeat. Subjicit Papinianus: *Diversa ratio est eorum, qui ante actionem hereditatis illatam percepti hereditatem auxerunt.* Hæc vero pars et ex priore parte, et ex supe-

(9) Jo. Cop. *d. l.* 1. *Cap.* 1 rationem hanc reddit, quia cum post litem contestatam fructus, etiam quos non percepit, restituere teneatur; in eoque oneretur, in alio succurri ei debet, ut ab usuris præstandis excusetur. Quæ ratio non est, quia malæ fidei possessor etiam tenetur de iis quos ante litem contestatam percipere potuit.

riore definitione *d. L. neque* incidit in difficultatem. Nam si de malæ fidei possessore sentit Papinianus, qui ante litem contestatam fructus percepit, ipse se refutat in *d. L. neque*, ubi aperte negat fructuum a malæ fidei possessore ante litem contestatam perceptorum usuras deberi. Idque cum generaliter definiat, tam ad petitionem hereditatis, quam ad vindicationem, aut condictionem singularium rerum pertinet: sed et ad petitionem hereditatis magis, quia cum hæc sit bonæ fidei, in ea omnia plenius adversus possessorem malæ fidei æstimatur. Sed et se satis refellit priore parte hujus distinctionis, cum fructus post litem contestatam percepti non minus intelligantur percepti a malæ fidei possessore; quando possessor post id tempus malæ fidei possessor efficitur. Ipsa etiam ratio qua ante usi sumus, ultro hanc sententiam repudiat. Quandocunque enim malæ fidei possessor fructus perceperit, deinceps ipsorum nomine ita tenetur, quasi perpetuo exstarent: cui plane consequens est, eorum corporum usuras deberi non posse. Sin sentit Papinianus de bonæ fidei possessore, a quo fructus percepti sint ante litem contestatam, dixerit quidem vere horum fructuum usuras non esse præstandas ab eo possessore: qui non tenetur, nisi quatenus locupletior factus est, ut dicetur postea in hujus persona; sed admodum ineptum est hoc monere de usuris fructuum potius quam de fructibus; cum ne ipsos quidem fructus quamvis perceptos præstare debeat bonæ fidei possessor, si ex his factus non sit locupletior. Quid ergo est? Sic distinctio Papiniani superior interpretanda est: fructuum post litem contestatam perceptorum, a quocunque possessore percepti sint, usuræ nunquam præstantur: debentur enim semper corpora ipsa exstantia: quorum corporum (10) nullæ sunt usuræ. Diversa caussa est eorum qui ante litem contestatam percepti sunt: sed diversa ideo, non quia istorum usuræ semper debeantur, sed quia interdum deberi possint. Certe his a malæ fidei possessore perceptis, usuræ non præstantur. Sed nec his perceptis a bonæ fidei possessore pro eo tempore quod litem contestatam antecessit. Itaque fatendum est neque de fructibus a malæ fidei possessore perceptis sentire Papinianum, neque de perceptis a bonæ fidei possessore, si ejus temporis quod litem contestatam antecessit, usuræ ab eo eligantur. Sed si fructus a bonæ fidei possessore percepti sint ante litem contestatam et consumpti, ita ut in rem ejus versi sint, deinde ab eo peti cœperit hereditas: hic locus fieri incipiet usuris istorum fructuum, non ut petantur pro eo tempore quod fuit ante litem contestatam, quo tempore possessor bona fide hereditatem possedit; sed ut lite contestata exinde usuræ accedant, ut fieret in pretiis rerum a bonæ fidei possessore ante litem contestatam venditarum, *L. 1. C. de hered. t. petit.* et in hac specie fructuum perceptorum hoc evenit, ut iis ante litem contestatam a bonæ fidei possessore consumptis, non jam ipsorum fructuum nomine teneatur, quos non habet, sed solum debeat pecuniam, æstimationem ejus, quo locupletior factus est. Cui jam pecuniæ debitæ recte usuræ accedent.

XXV. Non est satis ad usuras pecuniæ a malæ fidei possessore exigendas, pecuniam hereditariam ab eo restitui debere; sed et tanquam pecuniam numeratam ab eo deberi oportet: quod fit in pecunia hereditaria, si eam attingat et ea utatur, aut in æstimationibus rerum quas solas bonæ fidei possessor ante litem contestatam debere cœperit. Et ideo rebus hereditariis distractis et pretio percepto, etiam usuræ pretii debentur, a malæ fidei possessore semper, a bonæ fidei autem possessore post litem contestatam, *L. item veniunt*, *§. cæterum*, *§. redactæ*, de heredit. petition. *L. 1. C. eod.* Quod si possessor pecuniam inventam in hereditate non attingat, negat Papinianus eum omino in usuras conveniendum, *d. L. item veniunt*, *§. Papinianus.* Scilicet quia istam pecuniam possessor, non ut pecuniam numeratam a se debitam, sed ut corpus (11) certum hereditarium, itidem ut cætera corpora omnia, quia hereditaria sunt, restituere cogitur. Quod generaliter dictum, cum et communem rationem in omnibus possessoribus habeat, non dubium, quin pertineat et ad malæ fidei possessores. At enim,

(10) Aliter Donellus noster *de Usur. C. 4.* intelligens *d. L.* 15. cum fructus petuntur ut fructus. Hic autem fructus rem principalem, hereditatem afficiunt, et in ea computantur; neque ut fructus, sed ut hereditas exiguntur. Aliter Achil. Personal. *Tr. de Petit. hered. n.* 659. *et seqq.*

(11) Jo. Cop. *Lib. 2. de Fruct. T. 2. Cap. 2. in fin.* nec possessorem pecuniæ hereditariæ recte dici putat, si non attigit, id est si non fœnori locavit, vel in suos usus convertit. Atque ita differentia est præstationis fructuum et usurarum, quod non uti illic ita et hic spectatur an fœnori posuerit. Sich. *ad L. 1. C. h. t. n.* 11.

dicet aliquis, per possessorem malæ fidei fit quominus pecuniæ hereditariæ percipiat usuras, cum eam pecuniam collocare potuerit fœnori, et inde usuras redigere. Quod si ita est, etiam has usuras præstare debebit ex senatusconsulto, quod omnium rerum, quas per malæ fidei possessorem factum est quominus haberet, præstationem possessori injungit. Negabimus vero per possessorem fieri, quominus percipiat eas usuras; quia non fiat per eum quominus ipsas pecunias det fœnori, unde usuras redigat. Duæ caussæ sunt, propter quas non debeat ab eo exigi ut pecuniam in hereditate inventam det fœnori. Primum sæpe interest hereditatis ac per hereditatem heredis pecuniam præsentem habere, et manere in hereditate ad prædia comparanda, aut ad sumptus necessarios hereditati faciendos: ut proinde sit contra utilitatem hereditatis, eoque et culpa potius, hereditatem præsente pecunia nudare. Deinde non potest possessor pecuniam mutuam dare suo nomine, nisi periculo suo, ut si forte debitores efficiantur non solvendo, res illi pereat. Nulla autem ejus culpa est, si hoc periculum non vult in se suscipere. Satis est, si fidem et diligentiam præstet rebus hereditariis tuendis: non etiam ab eo exigendum est, ut in credito non hereditario ipse sibi aliunde periculum accersat. Reddita est hæc ratio in hac specie ab eodem Papiniano in *L. si navis a malæ fidei possessore*, 62. *de rei vindicat.*

XXVI. Intellectum est igitur huc usque, malæ fidei in rerum ex hereditate non possessarum restitutione hoc jure esse, non solum ut teneatur earum nomine, quas ante possessas desiit possidere, sed etiam earum quas cum posset, neglexit acquirere: et demonstratum, quænam res essent, quæ his generibus ad præstationem continerentur. Considerandum ex (12) senatusconsulto, quomodo teneatur. Et verba ita sunt; *eos qui scirent bona ad se non pertinere, istarum rerum nomine perinde condemnandos, quasi possiderent*, d. L. *item veniunt in hereditatem*, 20. §. *pridie idus Martias*, illic, *item eos. L. sed etsi lege commissoria*, 25. §. *item si rem distraxit* 1. *de heredit. petit.* Quibus verbis significatur, quamvis superiores res aut nunquam fuerint in rerum natura, aut esse desierint, aut possessori amissæ jam non sint apud eum; tamen perinde eas haberi adversus malæ fidei possessorem quasi exstarent, et exstarent perpetuo apud eum donec de re judicetur, ut sic de his tanquam de rebus ab ipso possessis condemnetur. Id in omnibus actionibus mora efficit adversus eum, qui in re præstanda quam debuit præstare, moram facit. Hæc perpetuat obligationem omnemque prestationem rei, quæ jure injungebatur; ut quamvis res præstanda perierit postea, tamen perinde habeatur, quasi perpetuo exstaret ad necessitatem præstationis, *L. nemo rem suam utiliter*. 82. §. *si post moram*, 1. *L. si servum stipulatus*, 91. §. *sequitur videre de eo*, 3. et §. *effectus hujus*, *ult. D. de verbor. obligat. L. item si verberatum tradidit.* 15. §. *si servus petitus*, *ultim. D. de rei vindicat.* Ac ne forte otiose id hoc loco a nobis tam diligenter moneri quis existimet: hinc est, præter rem quæ restitui debet, effectus duplex, quorum unus ad fructus rerum non possessarum pertinet, alter ad rerum ipsarum æstimationem, cum ob res non restitutas ad litem possessori æstimandam ventum est. In utroque ea veterum sententiis tradita, quæ nisi ad istum fontem revocentur, non satis intelligantur: revocata expedita sunt. De fructibus ita res habet. Si res quæ possessori

(12) Quod SC. (in quo, ut hoc obiter, pro illis verbis, *Maximusque princeps proposuit*, hæc reponit *Pontifex. Max. Pater patriæ.* quia in notis fuerit *P. M. P. P.* Petrus. Pithoe. 2. *Advers. Subsec.* 15. ne alias supervacua sint verba: *libello complexus esset.* Sed si solam voculam *esset* quæ hoc signo ( ) inclusa est, demas, nihil redundat nec emendationis eget locus) de hereditate quæ ad fiscum pertinet nominatim loquitur, ad privatorum tamen petitiones extensum est *d. L.* 20. §. 9. Copus *Lib.* 2. *de Fruct. t.* 2. *C.* 5. Et loquitur SC. de partibus caducis. Sed etsi ex asse fiat, Senatusconsulto locus dicitur *d. L.* 20. §. 7. Quæ verba Cujac. 18. *Obs.* 14. *cum seqq.* jungit, mutata vocula *idem* in *id est*, ut sensus sit: etsi tota hereditas caduca; non per legem Papiam, sicuti partes caducæ fiunt heredibus ex parte scriptis morte naturali vel civili ante apertas tabulas deficientibus: sed per L. Juliam cum bona herede vacant vel ex delicto publicata. Sed A. Fab. 3. *Conject.* 16. hoc modo: Non intellige, si heres ex asse mortuus ante apertas tabulas. Lex enim Papia ad hunc non pertinebat, Ulp. *t.* 17. §. 1. Nec si ante aditam hereditatem decesserit; tunc enim fit caduca. Nec de ea, quæ ob delictum publicatur, nam hæc vere non est caduca, sed adimitur. Nec ut in specie *L.* 44. §. *Lucius* 2. *Vulg. et pup.* nam nec ibi caduca est, sed indigno aufertur (hæ 3. expositiones Accursii) sed si plures heredes ex partibus scripti, omnes ante apertas tabulas decedebant: ubi locus est Legi Papiæ.

malæ fidei amissa est, perpetuo exstaret, apud eum, ipse ejus rei fructus non solum perceptos sed etiam quos percipere potuisset, quavis non perceptos, restituere deberet. Sic enim fieret, si res exstans ab eo possideretur, ubi scilicet aut per eum fieret quominus possideret. Nec tantum restituere deberet ejus anni fructus quo res amissa est, sed et deinceps omnium annorum, qui secuti essent usque ad tempus rei judicandæ, quia res tamdiu ab eo possideretur. Idem ergo et de fructibus judicetur rei apud malæ fidei possessorem amissæ, ut quanvis ea in rerum natura esse desierit, a qua proinde constet nullos jam fructus natura percipi posse, nihilominus ipse una cum re deperdita, seu ejus æstimatione restituere debeat fructus omnes qui ex re exstante percipi potuissent, itemque fructuum fructus; fiatque adversus eum hæc æstimatio donec de re judicetur: quod et placuit, prius traditum in *L. item veniunt*, §. *cœterum*, §. *redactœ*, *L. illud*. §. *prædo*. *D. de hered. petit.* posterius in rei vindicatione in *L. fructus*, 33. *D. de rei vind.* sed ita, ut multo magis pertineat ad hereditatis petitionem. Æstimatio quoque rerum hereditariarum, quas malæ fidei possessor restituere debet nec potest, qualis esse debeat hinc pendet: finge eum res hereditarias vendidisse, et has periisse casu. Sic hæ æstimabuntur adversus eum, ut veniat in æstimationem non pretium quanti res vendidit, sed verum pretium ut est in *L. item veniunt*, §. *ult. eod.* idest, vera æstimatio quanti res valet. Quippe hoc ita fieret, si victus res possideret, pro quibus præstaret rerum æstimationem. Nunc autem ita condemnatur, quasi res amissas possideret. Hoc illud est, quod Jabolenus scribit in *L. in æstimationibus*, 48 *de her. pet.* his verbis: *In æstimationibus hereditariis ita venit pretium venditæ hereditatis, ut id quoque accedat, quod plus fuit in hereditate, si ea negotiationis caussa veniit.* Hoc enim significat sic res veditas æstimari adversus possessorem, ut non veniat solum pretium quanti res vendidit, sed hoc amplius, quanto pluris res valuerint: hoc enim quod plus est, fuit in hereditate. Loquitur autem Jabolenus de bonæ fidei possessore, qui post litem contestatam malæ fidei possessor factus vendidit res hereditarias; quem ideo vult in venditione voluntaria condemnationem malæ fidei possessoris subire: in ea autem, quam possesor necessariam putet, redigi ad condemnatiofinem bonæ fidei possessoris: de quo amplius dicam in condemnatione bonæ fidei possessoris, pro eo tempore quod sequitur litem contestatam.

XXVII. Illud etiam observandum in senatusconsulti verbis circa harum rerum condemnationem, quod eos qui scirent bona ad se non pertinere, non dicit ita teneri ut condemnari possint quasi possiderent, sed esse condemnandos; quod verbum est necessitatis, significatque ita condemnandos esse earum rerum nomine, de quibus fecerunt quominus possiderent, ut aliter non possint. Hæc verbi significatio in eo malæ fidei possessore qui res hereditarias distraxit, quæstionem illam attulit, de qua videmus Ulpianum aliquot locis timide respondisse, an possit petitor desiderare sibi a possessore pretia præstari cum usuris, an vero omnimodo possessor sit condemnandus ut præstet res distractas cum fructibus. Et hoc posterius verba exigere videntur. Ulpianus, etsi verecunde, admittit tamen in hac specie electionem esse petitoris, utrum sibi præstari velit ipsam rem cum fructibus, an pretium cum usuris, *L. item veniunt*, §. *cœterum*, §. *redactœ*. *D. de heredit. petition.* Merito. Nam et pretia ex distractione rerum hereditariarum redacta hereditaria sunt, *L. si et rem*, *D. eod.* Constat autem venire in hereditatis petitionem res omnes hereditarias, *L. item videndum*, §. *ult. eod.* Neque hæc quæstio de nihilo est, quasi petitoris nihil intersit aliquando pretia potius petere cum usuris, quam res ipsas cum fructibus qui solent esse uberiores. Sæpe enim illi expedit prius petere. Quid enim, si res propter affectionem emptoris multo pluris vendita sit, quam valebat? Quid si non pluris; sed res fuerit sterilis; quæque oneraret magis hereditatem, quam fruculi esset? quis non videt hic multo utilius esse pretium accipere cum pretii fructu, idest usuris, quam corpus rei venditæ sive æstimationem sine ullo rei fructu? quæ ratio utilitatis ad facultatem pretii hujus eligendi posita est ab Ulpiano in *d. L. item veniunt*, § *cœterum*, §. *redactœ:* Sed et fieri potest ut res vendita casu pereat postea ita, ut eodem modo interitura esset apud petitorem: quo casu possessorem rei nimine liberari ante diximus, etsi sit malæ fidei. Quod si possessor teneretur hic solum ad rem venditam, non etiam ad pretium restituendum, eveniret ut petitor hoc casu rem amitteret et pretium. Quod secus fit si pretium petitor, prout ipsi videatur, possit petere. Sic enim re amissa pretium supererit, quod illi salvum futurum est. Et placet petitorem etiam hoc casu pretium a malæ fidei possessore consecuturum, *L. si a domino*, 36. §. *si prædo*, *L. nisi*, 33. *D. de her. pet.* Sed an

non obstant senatusconsulti verba, quæ possessorem malæ fidei in iis quæ fecit quominus possideret, ad res ipsas non ad aliud condemnari volunt? Sane verba, unde hæsitatio Ulpiani in *d. L. item veniunt*, *§. cæterum*. *§. redactæ* quod et Paulus agnoscit in *d. L. si a domino*, *§. si prædo*, at non sententia senatusconsulti. Quod enim dicitur malæ fidei possessores ad res quas possederunt aut possidere potuerunt condemnandos, sic arripiendum est, si petitor velit et sibi conducere existimet. Id, inquam, sententia senatusconsulti exigit, quod his rationibus duabus non obscure colligitur. Nam primum quæ hic condemnatio in rebus non possessis adversus malæ fidei possessorem constituitur, perspicuum est constitui non ejus sublevandi caussa, sed coercendi. Et certe jura prædonibus non opitulantur, sed deceptis et læsis, qualis est in hac caussa petitor, *L. 2. §. 1. D. ad Vell.* Ita totum hoc constitutum est non pro reo, sed pro petitore. Quod si pro petitore, hic regula perpetui juris ostendit quid ei ex sententia juris constituti liceat: nempe ei licere juri isti pro se introducto renunciare, et ad aliud, si quod habet, se convertere prout ipsi videbitur, *L. pen. C. de pact.* *L. si judex*, *D. de min.* Sed et eodem senatusconsulto de bonæ fidei possessore ita cautum est, ut si is hereditatem distraxerit, pretia quæ ad eum pervenerunt, restituere debeat, etsi res distractæ deperierint postea, deminutævé fuerint, *d. L. item veniunt*. *§. ait senatus placere*. *de hereditatis petitione*. Hinc quoque mentem senatusconsulti recte colligas, ut hoc statuatur idem et adversus malæ fidei possessorem desiderante petitore servari oportere: quia plusquam absurdum sit dici melioris conditionis esse malæ fidei, quam bonæ fidei possessorem: quod tamen futurum est, si rebus amissis pretia exigere licet a bonæ fidei possessore, a malæ fidei autem possessore non licet: quo et argumento ad hanc rem Paulus utitur in *d. L. si a domino*, *§. si prædo*, *eod.*

XXVIII. Atque hæc adversus malæ fidei possessorem præstationis necessitas est in rebus hereditariis quas victus non possidet, sive eas ante possessas possidere desiit, sive cum posset acquirere, neglexit. In his ipsis rebus quatenus teneatur bonæ fidei possessor, sequitur ut ordine cognoscamus. Alia vero, ut dixi, in hoc genere caussa est bonæ fidei possessoris. Neque tamen hujus de rebus non possessis una et eadem præstatio est per omnia tempora. Aliter tenetur bonæ fidei possessor post litem contestatam, aliter ante litem contestatam. Post contestatam communis fere hujus possessoris conditio esse incipit cum malæ fidei possessore. Qui enim prius possidebat bona fide, post litem contestatam incipit scire hereditatem ad se non pertinere: quæ malæ fidei possessoris definitio est. Inde dictum ab Ulpiano, post litem contestatam omnes possessores pares esse et quasi prædones teneri, *L. item veniunt*, *§. si ante*, *D. de heredit. petit.* et in eamdem sententiam a Paulo, eum qui ante petitam hereditatem bonæ fidei possessor erat, postea et ipsum prædonem esse, *L. si quid possessor*. *§. penult. eod.* Neque id servatur tantum post petitam judicio hereditatem, id est litem contestatam; sed et post controversiam motam extra judicium, denique post omnem denuntiationem, qua denuntiatum sit possessori alium verum heredem esse, usque adeo, ut nihil intersit a quo (13) eo denuntiatio pro-

(13) Quod moribus contra Senatusconsulti verba obtinuisse hic, ob exuberantiam bonæ fidei, ut prima denunciatione mala fides inducatur et æstimetur scribit Wesenb. in *h. t. C. n.* 45. et probat Rauhbar. *P. 2. Q.* 28. *n.* 14. Hart. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 27. *n.* 6. quia in bonæ fidei judiciis liberior judicis potestas, reprobata ea quod hic reus possessor tituli carens facilius in mala fide constituatur. Aliter Sich. in *L. 1. C. h. t. n.* 9. *et* 10. id inde, quia in universalibus judiciis quælibet controversia mota habeatur pro lite contestata, idemque afficiat quod litis contestatio in judicio singulari. Unde post quamvis denunciationem etiam extrajudicialem, res quæ in hanc actionem veniunt, vitio litigiosi affici censet, ut alienari nequeant. Neutrum placet. Nihil imo hic speciale quoad inducendam malam fidem. Ubicunque enim quis rem alienam ignarus tenet, ubi scientia injustæ possessionis accedit, necesse est uti conscientia læditur, ita malam fidem induci, nec ullo jure aliter caveri potest, cum jus civile ea quæ facti sunt et naturalia ac in animo consistentia mutare nequeat, vid. *supra Lib.* 4. *C.* 24. *N.* 5. Quare et qui bona fide initio possedit, rei vindicatione conventus, tenetur quoque de fructibus ante litem contestatam perceptis, ex die quo primum rei alienæ certam notitiam habere cœpit, si is lite contestata anterior: Tametsi fructus illi speciali actione petendi sint, ut *infra Lib.* 20. *C.* 5 *ibi Petuntur autem hi fructus etc.* Minus probatur illud Sichardi de vitio litigiosi. Neque enim convenit hoc judicio universali, ubi principaliter jus ipsum successionis petitur, res vero singulares in consequentiam; et ubi quoad has certe actoris jus imbecillius, quam in rei vindicatione, facilius in hac rem litigiosam fieri. Quin

cesserit, utrum ab herede ipso, an vero ab alio extraneo quovis, *L. item veniunt. §. pr die.* illic, *petitam autem*, §. petitam. *L. sed etsi §. si ante, eod.* Et recte. Cœpit enim, inquit Ulpianus, scire rem ad se non pertinentem possidere is qui interpellatur, atque is malæ fidei possessor est, *d. L. sed etsi*, *§. si ante.* Qua ratione longius itum est, placetque etiam eum qui scire incipit a se peti, seu alium heredem esse, etsi nemo ei denuntiavit, incipere malæ fidei possessorem esse, et eodem jure teneri, *d. L. item veniunt, §. petitam, L. sed etsi §. de cod.* Sed quia ut plurimum accidit possessor bonæ fidei scire incipiat hereditatem ad se non pertinere petita hereditate, et lite contestata; ideo potissimum definitio ad hoc tempus refertur, *d. L. sed etsi lege commissoria §. si ante litem contestatam, 7. de her. pet.* Quæ si ita sunt, non jam necesse est hic ea inculcare, quæ de malæ fidei possessore ante diximus: sed generaliter recte definiemus, quæcunque sunt quæ malæ fidei possessorem, earum rerum nomine quas non possidet, præstare debere diximus, sive queratur de æstimationibus rerum amissarum, sive de fructibus tum perceptis, tum non perceptis, sive de pretiis rerum venditarum, deque usuris pecuniarum: in his exigi eadem omnia a bonæ fidei possessore post litem contestatam, quin immo et post interpellationem solam. Indicant exempla *L. item veniunt §. redactæ. L. si quid possessor*, *§. pen. D. de hereditat. petit. L. 1. C. eod.*

XXIX. Quod tamen non est perpetuum. Interdum et post litem contestatam bonæ fidei possessor bonæ fidei præmium retinet, distatque a malæ fidei possessore in præstatione earum rerum quas non possidet. Idque ex eo accidit, quod malæ fidei possessor is est qui scit hereditatem ad se non pertinere. Non semper autem bonæ fidei possessor in ea caussa est, ut per litem contestatam id certo scire incipiat. Et vero non incipit, cum juste ad judicium provocat: unde et tunc moram facere non putatur, *L. si quis solutioni*, *D. de usur.* quam tamen a malæ fidei possessore semper fieri certum est, *L. in re*, *§. 1. L. ult. D. de cond. fur. L. ult. D. de vi.* finge possessorem hereditatis eum esse, qui nisi alius auferret ei hereditatem, futurus esset heres, eum autem qui hereditatem vindicet, possessori ignotum, quem ideo possessor non putet jus habere, puta filium aut cognatum proximum non esse qualem se esse intendit, quia actor diu abfuerat, nec possessor eum prius viderat: finge per procuratorem hereditatem peti ejus filii nomine qui proponatur juste esse exheredatus: heredem autem scriptum non putare eum qui agit filii esse procuratorem. Eum possessorem qui in hac ignorantia ad judicium provocet, jure facere, nec in mora esse convenit, *L. quod te*, *D. si cer. pet. L. si quis inficiatus*, *D. dep.* Si quis ergo proponatur talis bonæ fidei possessor, placuit enim etiam post litem contestatam a malæ fidei possessore distare: non sane per omnia, sed æquitatis ratione duobus his in rebus; in interitu fortuito rei hereditariæ, et in fideicommissi quo se oneratum putet restitutione. In interitu rei hoc modo. Nam si post litem contestatam mancipia, aut jumenta, aut pecora casu deperierint, placet prædonem et malæ fidei possessorem damnum præstare debere: bonæ fidei possessorem qui juste ad judicium provocarit, non debere: quia iniquum sit cogi eum, propter metum hujus periculi, indefensum jus suum relinquere. (14) Hoc Paulus in *L. illud*, *D. de heredit. petit.*

et nomen ipsum *litigiosi* resistit, cum ante judicium acceptum *lis* proprie non dicatur. Taceo quod litigiosa res dicitur de cujus dominio caussa movetur, *Au h. litigios. C. de litig. etc.* Plane si de anteriore interpellatione non liqueat, saltem a die emissæ citationis vel exhibiti libelli, in hoc judicio fructuum ratio habetur: vid Rauchbar *P.* 1. *Q.* 28. Etsi Cujac. post controversiam motam uno tantum casu possessores pares esse (si des naut possidere), post litem autem contestatam in [illegible] lucrum[illegible].

(14) Quia quo minus res fato intereat præstare nequit, fructus autem si non collegit quos potuit, ipsi imputari potest, Pac. 3. *Q.* 37. qui tamen male generaliter docet, post litem contestatam bonæ fidei possessorem pro prædone esse quoad fructus *supra d. LL.* non autem quoad interitum rei *d. L.* 40. Nam immo *d. L.* 40. *pr.* loquitur de casibus certis quibus bonam fidem retinet. Aperte enim bonæ fidei possessores vocat. At in *L.* 31. *§. pen. h. t.* prædo dicitur. Et Perbelle noster hæc distinguit, ut et Cujac. 20. *Obs.* 35. Quæ dum alii confundunt, malam fidem litis contestatione induci sine distinctione docentes, omnino falluntur. Et ita puto Quando non evidens calumnia rei conventi apparet, in dubio conscientiam, quam initio illæsam habuit, retinere censendus est: tum ex ratione *d. L.* 40. *in fin. pr.* tum quia mala fides indiciis perspicuis probanda: arg. *L.* 6. *C. de dolo*, tum quia interpretatio ea capienda quæ delictum excludit. Fiducia itaque juris sui potius, quam procacitate contendere, quam cedere malle credendus est. Facit *L.* 49 *h. t.* ubi inter moras litis bonæ fidei possessor dicitur; idque ei licet, quod malæ fidei possessori non item ut *C. seq. N.* 2. Alias quocunque judicio aliquo reali pulsati, malæ fi-

Recte. Nam periculi interitus præstatiò moræ pœna est. *L. item si verberatum*, *§. ult, D. de rei vindicat.* quam moram quia malæ fidei possessor semper facit, ideo æquum est et eum re perempta perpetuo teneri, *d. L. ult. de cond. fur. d. L. ult. de vi.* At non item, ut dixi, moram facit is qui judicio conventus juste ad judicium provocat, *d. L. si quis solutioni*, *de usur.* Merito igitur is propter eamdem regulam nec post litem contestatam eum casum præstabit. Ac de eo possessore Paulus loquitur, cum ait bonæ fidei possessorem non debere propter metum mortalitatis indefensum jus suum relinquere. Hoc enim non convenit, nisi in eum qui jus se habere putat, ad cujus defensionem juste provocat. Nam juste ad defensionem provocare et juste defensionem rei suscipere idem valent.

XXX. Etiam in fideicommissi restitutione hoc distat bonæ fidei possessor, quanvis post litem contestatam, a malæ fidei possessore, quod si eodem errore quo se ex testamento justo heredem esse putabat, fideicommissum eo testamento relictum judicio coactus restituerit, placet nihil amplius eum præstare eo nomine debere, quam quod bona fide acceperit. Utputa, heres testamento rupto aut inofficioso scriptus, eodem testamento jussus erat fundum Tusculanum dignum ducentis vendere Titio centum. Si heres ruptum aut inofficiosum sciens vendat fideicommissum secutus, tenetur nihilominus quanti fundus valuit: hic est enim malæ fidei possessor. Sin is possessor est, qui etiam post litem contestatam putet testamentum valere, quam etiam ob caussam ad judicium provocarit, si conventus a Titio ex fideicommissi caussa, ut fundum centum venderet, vendiderit, nihil præstabit amplius quam quod bona fide accepit. Diversum, si hic idem possessor fundum minoris vendiderit ex negotiationis caussa. Hoc Jabolenus in L. *in æstimationibus*, 48. *D. de heredit. petit.* his verbis: *In æstimationibus hereditatis ita venit pretium*

dei obnoxii indigne reputarentur. Quin etsi inter litis moras ambigere de jure suo incipiat, modo non certo cognoscat, se litem injustam suscepisse, nec tunc malæ fidei reus fiet. Confer. *supra Lib.* 5. *C.* 17. *N.* 1. Donellus *infra h. Lib. C.* 15. *N.* 23. Jo. Garzia Gallecus *de Expens. C.* 6. *n.* 3. *et* 4. scite Guth. *de Tutelis Electoralib. Lib.* 6. *pag.* 102. *et p.* 165. *ac seqq.* Quod vero indistincte, post litem contestatam, omnium fructuum ratione æque tenetur bonæ fidei possessor, etiam tunc cum bonam fidem retinet, id fit vi litis contestationis, quæ efficit ut omnis caussa restitui debeat *L.* 40. *pr. h. t. L.* 2. *de Usur. L.* 20. *de R. V.* ut *infra Lib.* 20. *C.* 5. *N.* 16. Atque sic ea præstatio non est pœna malæ fidei, sed ex obligatione quasi contractus judicii accepti *L.* 3. *§.* 11. *de Public.* Ex quibus jam nove animadverto claram facem accendi posse *L.* 25. *§. ult. D. de Usur.* mire exagitatæ, vid. *supra Lib.* 4. *C.* 24. *N.* 19. et adi, præter ibi citatos, Vital. 1. *Var. Lect.* 19. *n.* 2. Jo. Cop. *Lib.* 2. *de Fruct. T.* 4. *et* 5. Marq. Freh. 2. *Parerg.* 24. Cui, salvis verbis, sine ulla contortione et violatione, suus sic constabit sensus. Quod bonæ fidei emptor *intelligi* debeat, id est præsumi in dubio pro eo haberi (uti hæc vocula accipitur in *L.* 1. *C. Quan. libel. princ. oblat.*) quandiu evictus fundus non fuerit, id est donec sententia contra eum dicta, *quoad percipiendos fructus*, ut scilicet perceptione suos faciat, de quo ibi quæsitum. Quare inter moras judicii is qui non eo ipso dum litigat scientiam injustæ possessionis habere convincitur, fructus vere et jure dominii acquirit. Tametsi eos judicio victus restituat, non tanquam non suos, sed tanquam in obligationem judicati deductos et exinde debitos. Sicuti et in simili res inter moras litis usucaptas restituere reus cogitur, etsi earum dominus vere effectus sit, vid. *supr. Lib.* 5. *C.* 21. *N.* 22. Nec quod Don. noster *d. C.* 24. docet post sententiam haberi malæ fidei possessorem retroversus etc. jam probatur, etsi ibi non reprobaverim, cum non firma illatio sit si quis sic arguat, Titius bona fide rem emerat a Sejo, conventus a Cajo noluit ei restituere. Cajus rem judicio evicit. Ergo ex die litis motæ Titium in mala fide constitutum fuisse per sententiam apparuit. Cum non probet hoc esse, quod ab hoc contingit abesse. Et, quia potest esse ut juste ad judicium provocaverit, *L.* 24. *pr. de Usur. L.* 40. *in fin. pr. h. t.* id ceu benignius amplectendum. Maxime cum mala fides dolo affinis sit, quem apertissimis probationibus doceri convenit, et ubi alia præsumptio quam doli haberi potest, ea capienda; cum tralatitium DD. sic etiam fatuam caussam a dolo excusare. Etsi vero quoad restitutionem fructuum post litem contestatam eadem caussa videtur bonæ fidei possessorum, quæ prædonum: nonnihil tamen interest, non tantum quod salva epitimia illi abeant victi, quorum alias saltem pudor nimis gravaretur, si eo ipso quod superati, mala fide litem fovisse arguerentur. Sed et quod iidem lite pendente fructus alienantes, etsi recte forte non faciant, tamen dominium eorum in bona fide accipientem, litis ignarum, transferrent. Quod de prædonibus dici nequit, a quibus accipientes, etsi ex caussa onerosa et bona fide, non nisi usucapione et consumptione tuti erunt. Sed hic satis superque. Qui alias de bona et mala fide definienda et æstimanda ac utriusque vi peculiariter tractaturus, ostensurus ex juris nostri principiis plerosque hic in plerisque graviter lapsos esse.

*venditæ hereditatis, ut id quoque accedat quod plus fuit in hereditate, si ea negotiationis caussa venit: sin autem ex fideicommissi caussa, nihil amplius, quam quod bona fide accepit.* Hic Jabolenus simpliciter ita scribit, quasi promiscue dicatur de omni possessore: quod si fieret, falsa esset utraque pars responsi. Dicendum igitur hoc loco paulo enucleatius quid sentiat, quod ex sententia verborum non difficile colligi potest. Non ergo loquitur Jabolenus libro tertio ex Cassio de malæ fidei possessore, cum eum proponat qui potest bona fide pretium ex fideicommissi caussa accipere: quod quidem in malæ fidei possessorem non cadit; nam malæ fidei possessor nihil bona fide gerere aut percipere potest ex rebus hereditatis, quod commodis hereditariis adversetur. Non loquitur etiam de bonæ fidei possessore, qui quid vendiderit ante litem contestatam. Nam is etsi res vendidit negotiationis caussa, immo vero etsi eas male perdidit, non tamen tenetur ultra quam locupletior factus, ut mox dicetur. Restat igitur, ut loqui intelligatur Jabolenus de bonæ fidei quidem possessore, sed eo qui post litem contestatam res hereditarias vendidit, eum juste ad judicium provocasset, ut sit is videlicet, qui in rebus hereditariis distrahendis possit adhuc aliquid bona fide gerere, et possit idem ut malæ fidei possessor teneri. Ergo de eo qui ita post litem contestatam rem hereditariam vendidisset minoris quam volebat, quærebatur an pretium restituere solum deberet quod accepisset, an etiam id adiicere quod amplius fuisset in hereditate, id est quantu amplius res vere valuit. Jabolenus (15) distinguit: ut si possessor superior post litem contestatam vendidit ex caussa negotiationis, restituere debeat etiam quod amplius in rei hereditariæ æstimatione fuit, quia cum nulla necessitatis opinione coactus rem vendiderit, ipsius culpa est, nisi idonee vendiderit. Sin vendidit ex fideicommissi caussa, non amplius restituat quam quod bona fide accepit: scilicet quia opinio necessitatis præstandi fideicommissi qua se hic teneri possessor putabat, satis eum excusat ne culpa præstitisse videatur. Quo enim errore juste existimatur jus suum deferdere adversus heredem, eodem plane errore fit ut se putet agenti fideicommissario fideicommissum denegare non posse. Ad utramque enim rem testamentum pariter valere existimat.

XXXI. Atque hæc bonæ fidei possessoris post litem contestatam conditio est in iis rebus præstandis quas post litem contestatam per eum factum est quominus possideret. Contraria conditio huius possessoris in his ipsis rebus per id tempus quod litem contestatam antecessit. De quo ita cautum est senatusconsulto, ut qui justas caussas habuit quare bona ad se pertinere existimaret, usque eo condemnetur dumtaxat, quo locupletior ex ea re factus est, *L. item veniunt*, §. *pridie*, illic, *eos autem. D. de her. pet.* Quibus verbis hoc continetur, ut si quid ex hereditate lucri habet, possidet, id restituere debeat: si quid non possidet tum cum adhuc bonæ fidei possessor est, quod fit ante litem contestatam, eo nomine non teneatur.

XXXII. Sane si quomodo ex hereditate locupletior factus est, his verbis id omne etiam bonæ fidei possessor restituere cogitur. Unde illud dictum a Paulo, post Senatusconsultum omne lucrum etiam inhonestum auferendum esse tam bonæ fidei possessori, quam prædoni, *L. post senatusconsultum*, *D. eod.* Locupletior (16) factus possessor intelligitur tribus modis. Uno, si res hereditarias ab initio apprehensas possidet, de quo non dubitatur. Altero, si quid ex rebus hereditariis consecutus est, sive id adhuc exstat et possidet; sive id converterit in rem suam, alienatis vel consumptis ipsis corporibus prius possessis, et ideo fructus perceptos, quamvis consumptos ante litem contestatam, restituet bonæ fidei possessor, si eos convertit in usus suos, *L. 1. C. de hered. petit. L. he-*

(15) Non placet expositio. Loquitur *d. L.* 48. de venditione non fundi hereditarii, sed ipsius hereditatis. Quæ post litem contestatam non facile tenebit *tit. D. et C. de litig.* et *d. L.* 48. sine ulla distinctione possessorum indefinite docet quomodo æstimari debeat hereditas. Quando autem æstimatio soluta restituenda, aliunde petendum. Et membrum sane posterius de alio quam bonæ fidei venditore accipi se non patitur, prioris vero generalitas ad has se angustias, cogi non sinit.

(16) Quomodo probetur locupletior et an in dubio ex consumptione fructuum censeatur, adi Menoch. *Recup. poss. Remed.* 15. *n.* 585. Pinel. *in L.* 2. *C. de resc. vend. P.* 2. *C.* 4. *n.* 64. *et seqq.* Achil. Personal. *Tr. de Petit. her. n.* 658. Vinc. de Franch. *Decis.* 31. *n.* 2. Jac. Schultes. *Q. prac.* 3. Gasp. Schifordegher. *Lib.* 2. ad A. Fab. *Tract.* 29. qui non præsumi statuit, nisi in necessarios usus convertisse appareat.

*res*, §. *ult. D. eod.* Similiter et usuras pretii rerum ab eo distractarum, aut pecuniarum hereditariarum ab eo perceptas, quas habeat, aut ex quibus res alias sibi compararit, *d. L.* 1. *C. eod.* Huc pertinent et pretia rerum ex hereditate venditarum de quibus senatusconsulto ita comprehensum est, ut si ad possessorem bonæ fidei pervenerint; ea possessor restituere debeat, etsi res distractæ ante litem contestatam deperissent, deminutæve fuisset, *L. item videndum*, §. *pridie*, illic, *item placere*, §. *ait senatus placere*, §. *ult.* et *L.* seq. *D. eod.* Nam quod alibi dicitur cum res quæ præstari debuit, sine culpa et mora ejus qui debebat periit, sic debitorem liberari ut nec rei æstimationem debeat, *L. cum res*, §. *ult. D. de leg.* 1. huc non pertinet. Tunc enim locum habet, cum res quæ periit, sola principaliter fuit debita, et pro deperdita exigitur æstimatio. Id quod si fieret in pretiis rerum ex hereditate venditarum, idem servaremus: ut scilicet rebus hereditatis apud emptores peremptis deperditisve, non teneretur bonæ fidei venditor ne de pretiis quidem, si res distractæ solæ essent hereditariæ, ac proinde solæ in ea caussa principaliter ut præstari deberent, et his peremptis exigeretur pro his pretium. Nunc autem rebus hereditariis a possessore distractis, et pretiis perceptis, incipiunt et pretia per se et principaliter esse hereditaria, ut jam non propter res distractas, sed propter se ipsa quasi hereditaria (17) petantur, *L. si et rem*, *D. de heredit. petit.* Jure igitur et hæc per se exiguntur, quanvis res distractæ postea perierint, atque hoc modo desierint esse hereditariæ. Quum etiam etsi quis non debitum ex caussa hereditaria, atque adeo omnino non debitum quid accepit, si tamen beneficio hereditatis consecutus est ut acciperet, hactenus videtur possessor factus locupletior, placetque id in restitutionem venire: cujusmodi est, quod remunerationis caussa possessor accepit ab eo cui quid ex hereditate prius donaverat, *L. item veniunt*, §. *consuluit*, *de her. pet.* Etsi enim is qui beneficium acceperat, nulla obligatione tenebatur, ut gratiam referret; tamen cum retulit, negari non potest accidisse id per caussam prioris beneficii quod remunerationem invitavit. Id autem beneficium ex hereditate. Ideo et remuneratio qua possessor locupletior factus est, ex hereditate. Tertio modo etiam possessor locupletior ex hereditate factus intelligitur, si consecutus est ex hereditate non ut quid novi haberet, sed ut suum quod habebat retineret, aliqui amissurus. Ut puta, qui in usus familiæ statutis sumptibus ad alimenta et vestimenta quotannis impendere solebat trecenta de suo, existimans hereditatem suam esse, cœpit augere sumptus, et impendit ex hereditate sexcenta. Dicemus eum ex ea summa restituere debere saltem trecenta; quia et sine hereditate ea decederent de patrimonio ejus: quæ quia non decesserunt, habet, et hactenus locupletior est. Ut autem haberet, consecutus est ex hereditate; unde et hactenus ex hereditate locupletior factus intelligitur. Hæc sententiæ summa est loci obscuri, *L. item veniunt*, §. (18) *quod autem quis*, *eod.* Et hoc est, quod Scævola dice-

(17) Eximie. In quo insigne discrimen hujus judicii a singulari actione, et plenior effectus, cujusmodi alii plures Hot. *in Epit. de H. P. n.* 16. non illi soli quos putat Cujac. 10. *Obs.* 1. Et pinguius dictum a Vult. *in L. un. C. non de hered. n.* 2. sive singulariter agatur, sive universaliter, rem eodem redire in effectu, licet ex caussis diversis.

(18) Quanquam A. Fab. 18. *Conject.* 3. pro solita audacia primum vers. *nam et Divus d.* §. 16. deinde *totum* §. Tribonianum de suo interseruisse contendit, eumque satis acerbe, ut malam Grammaticum et Jurisconsultum exagitat. Sed tanti non videntur, quæ profert ut cordatiorem movere debeant, dignumve operæ pretium in iis refellendis ponatur. Suavem vero se probat *ibid. pag.* 130. scribens penum in masculino aut neutro nullum probum Latinitatis auctorem unquam dixisse: quomodo Tribonianus dicat *d.* §. 16. Dediscat hunc errorem Faber. Audiat A. Gell. 4. *Noct.* 1. apud quem quidam Grammaticæ rei doctior ad Favorinum: *Penus variis generibus dictum et varie declinatum est. Nam et hoc penus et hæc penus, et hujus peni, veteres dictitaverunt.* Audiat Non. Marcell. *de Propriet. serm. lit. P.* qui masculino usurpatum a Pompejo et Nævio docet. Et ut hos judices ejeret, arbiter esto Paulus noster *L.* 4. §. 3. *de penu leg. Nomen penus mihi traditum est omnibus generibus dictum.* Ne vero et hic cavilletur, ex aliorum opinione loqui Paulum potius quam sua, aliamve ei mentem affingat, num Latio exterminabit Plautum qui in *Pseudolo* 2. *Sc.* 2. Procuratorem *peni dixit*, *Act.* 1, *Sc.* 2. et virili genere usurpavit, circa medium *nisi penus annuus hodie convenit:* et neutro in fin. *d. Sc*, 2. *omne huc penus adfertur.* Et neutro sane genere, et in casibus inflexis, passim legimus *L.* 3. §. 5. 8. 9. 10. *L.* 5. *pr. de penu. leg.* Ac in nominandi casu omne penum *L.* 2. *pr. de trit. leg.* sicuti et Festus *Lib.* 14. Penora dicuntur res necessariæ ad victum. Ac apud Columellam tit. est: Que-

bat, cum in pecunia pupillo soluta queritur ad debitoris liberationem an pupillus ea pecunia factus sit locupletior, etiam eum locupletiorem factum videri qui ea pecunia consecutus est ne esset pauperior, *L. in pupillo, D. de sol.* Jure ergo id quoque restituet possessor, quo et ipso locupletior factus est.

XXXIII. Quod si bonæ fidei possessor ante litem contestatam locupletior ex rebus hereditariis factus non erit, idest, si neque possidebit res hereditarias quandoque occupatas, neque ex his quidquam consecutus erit; vel ut nunc primum habere inciperet, vel ut de suo amittendum retineret: omnino non tenetur; cum ita senatusconsultum scriptum sit, ut jubeat eum condemnari hactenus duntaxat quo locupletior factus est. Ita in summa, quas res habet possidet ex hereditate bonæ fidei possessor ante litem contestatam, restituet: quas non possidet non præstabit: idque ita est, sive agatur de iis quas nunquam possedit, potuit tamen acquirere ex rebus hereditariis, sive de iis quas aliquando ab initio possideri cœptas, desiit postea ante litem contestatam possidere. Primum non præstat ea quæ nunquam possedit, etiam si magna negligentia ejus factum sit quominus ex hereditate acquireret. Exemplo sunt fructus: hoc perceptos restituit: non perceptos non præstat, etiamsi maxime ab eo percipi potuerint, et homo deses aut parum frugi fundum colere et fructus percipere neglexerit: *quia quasi rem suam neglexit*, inquit Paulus, *nulli querelæ subjectus est ante petitam hereditatem.* L. si quid possessor, §. *pen. D. de her. pet.* quod multo magis de usuris intelligendum est quas pecunia hereditaria usus a se non exegit, aut mutua pecunia aliis data ab iis nullas stipulatus est aut debitas passus est amitti. Exemplo item pretia et pecuniæ omnes possessori debitæ, quarum actionem ille ex hereditate nactus est. Si actionibus usus pecunias exegit, restituet: si non exegit, nihil præstabit bonæ fidei possessor ante litem contestatam, nisi actionem quam heredi cedet, etiam si debitores tempore facti sint pauperiores, *L. item veniunt*, §. *ait senatus placere*, *L. si quid possessor*, §. *pen. de hered. petit.* Nihilo magis tenetur bonæ fidei possessor earum rerum nomine quas aliquando possedit, si ante litem contestatam desiit possidere. Non dico si casu aut negligentia et socordia amiserit, sed et si malo more dilapidaverit, perdiderit, dum re sua se abuti putat, *L. sed etsi*, §. *consuluit*, *D. eod.* Ergo etsi donaverit, *ibidem* hic enim res perditur quidem, sed non turpiter, *L. filiusfamilias, D. de donat.* Quamquam hic illa dubitatio est, an non videatur locupletior factus qui donavit, quasi accipientem sibi obligaverit ad remunerandum. Sed nulla hæc obligatio est, quæ donanti nec actionem parit ad mutuum petendum, nec ad indebitum solutum retinendum exceptionem, ut docui supra sub titulo de naturali obligatione. Merito igitur dirimus nec eum, qui donando rem perdidit quam possederat, si bonæ fidei possessor fuit, eo nomine ante litem contestatam teneri. Plane si possessor ἀντίδωρον accepit, eatenus locupletiorem ex hereditate factum recte dicemus, eoque et hactenus teneri, ut et ante monui. Hæc Ulpianus in *L. sed etsi*, §. *consuluit.*

XXXIV. Hoc loco dubitatum est de pretiis rerum ex hereditate distractarum, si forte hæc accepit bonæ fidei possessor, sed ante litem contestatam perdidit, dilapidavit, donavit, num et de his idem probandum sit quod de cæteris rebus hereditariis, ut his amissis similiter non teneatur possessor. Tractat Ulpianus in *L. utrum de hered. petit.* Cur ergo de his pretiis dubitamus potius? Ambigendi caussa secunda clausula senatusconsulti, quæ jubet pretia quæ ad possessores quanvis ante litem contestatam pervenissent, omnino ab his restitui, etiamsi ante petitam hereditatem res venditæ deperiissent deminutæve fuissent, *L. item veniunt*, §. *pridie*, illic, *item placere*, §. *ait senatus placere*, *de her. pet.* Videntur autem pretia ad possessorem pervenisse, simul atque ea accepit. Accedit ad dubitationem quod idem Ulpianus scribit in *L. sed etsi*, §. *petitio*, *D. eod.* pretiorum quæ ad possessorem pervenerunt, præstationem personalem esse. Est autem personalis præstatio, ut in definitione hujus actionis diximus, cum pretiis receptis non ipsa corpora nummorum debentur, sed tantumdem, seu eadem summa quæ genere, non certa specie continetur. Quod genus cum semel deberi cœpit, nullo casu fieri potest ut deberi desinat, nisi solutione, *L. incendium*, *C. si cer. pet.* *L. in*

madmodum villica tractare debeat pecora, ref. Phil. Beroaldi *Annot. in Serv.* §. 16. Denique si vel verum istud esset, nonne tolerabilius foret levicula correctione *u* in *a* mutare, quam totam periodum resecare?

*ratione*, §. *incertæ*, *D. ad leg. Falc.* Ulpianus autem de his pretiis idem statuit quod de rebus cæteris, ut ne hæc quidem bonæ fidei possessor restituere debeat, si ante litem contestatam ea habere desierit, nec sit factus locupletior. Non obstare ostendit Senatusconsulti ea verba quæ jubent pretia restitui quæ ad possessorem pervenerunt. Nam verbum perveniendi proprie pertinet ad ea quæ ita ad aliquem venerunt, ut sint mansura. *L. aliud est capere*, *D. de ver. sig.* quod de his pretiis dici non potest, quæ possessor consumpsit, perdidit. Ut autem dici possit generaliori significatione etiam pervenisse id quod ab initio acceptum est, etiam si non sit duraturum: tamen nihil inde efficietur aliud, nisi verbum perveniendi esse ambiguum. In hac ambiguitate puto inquit, sequentem clausulam Senatusconsulti sequendam, ut ita demum pretia accepta computet possessor, si factus sit locupletior. Sequentem clausulam intelligit penultimam, qua cavetur ut bonæ fidei possessores condemnentur eo usque duntaxat, quo locupletiores facti sunt, *d. L. item veniunt*, §. *pridie*. Hæc cum aperte scripta sit, vetetque in omnibus rebus amplius a bonæ fidei possessore exigi quam quo locupletior factus sit, etiam ad pretia ab eo percepta pertinet, et ambiguitatem, si qua est in præcedentibus clausulis de pretiis rerum distractarum, explicat. Nec quis dicat, quod hic aperte et definite scriptum est, ad priores aut posteriores clausulas interpretandas trahi non debere. Immo fidro trahi debet, quia præcipitur incivile esse, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita judicare, vel respondere, *L. incivile. D. de legib.* Quid, quod in diversis etiam legibus hæc ipsa interpretatio admissa est; ut priores leges ad posteriores, et posteriores ad priores trahantur? *L. non est novum*, et 2. seqq. *D. de legib.* Quod autem Ulpianus alibi scribit, pretiorum ex hereditate perceptorum præstationem esse personalem, quasi hic non certa species sed eadem quantitas nummorum debeatur, quæ perire non potest: sic ex superiore clausula accipiendum est, si modo pretia ita pervenerint ad possessorem ut ea in rem suam convertere, et ex his aliquando locupletior fieri cœperit: veluti, si pecuniam inde redactam mutuo dederit suo nomine, si ex ea quid sibi emerit. Hoc si fit, jam ad quantitatem teneri incipit; quæ quia nullo casu perire potest, exinde perpetua fiet ejus præstatio: ut quamvis pecuniam a debitore receptam, aut rem perdiderit, consumpserit, nihilominus idem genus debeat.

XXXV. Eveniet igitur ut, si bonæ fidei possessor pretia rerum venditarum perdiderit, heres petitionem hereditatis hic admittat pariter et de pretiis adversus possessorem qui locupletior factus non est, et de rebus distractis adversus rerum singularum emptores; qui speciali titulo rem possident, petitione hereditatis non tenentur, ut diximus suo loco, *L. 2. in fi. C. de pet. her.* Hinc nata quæstio petitori hereditatis, num ergo hoc casu res venditas amiserit, an potius saltem possit eas, si nondum usu captæ sint, ab emptore vindicare: quæstio tractata in *L. sed etsi*, §. *item si rem*, *D. de her. pet.* Sed cur dubitamus, dixerit aliquis, quominus possit? Non enim incerti juris est, in rem actionem seu vindicationem competere omnibus dominis adversus possessores, *L. in rem*, *D. de rei vind. L. actionum*, *D. de obl. et act.* Constat autem heredem etiam rei hereditariæ dominum esse, si defunctus fuit dominus, quoniam heres in dominium et jus omne defuncti succedit, *L. cum heredes*, *D. de acq. poss. L. heres in omne*, *D. de acq her.* Quidni igitur heres ex hoc jure res venditas ab emptore recte et sine hæsitatione vindicet? Nempe hic dubitationem facit jus de petitione hereditatis constitutum, quo placuit nihil in præjudicium ejus judicii fieri debere, *L. Divus*, §. *ult. C. de her. pet.* Videtur autem præjudicium petitioni hereditatis fieri, si res vindicatur ab emptoribus qui regressum habituri sunt adversus hereditatis possessorem eumdemque venditorem: quoniam is pretium emptoribus restituere cogetur, quod petitione hereditatis conventus non restitueret. Rursum dixeris: inquit Ulpianus, nullum hic præjudicium hereditati fieri inter actorem et eum qui venum dedit; quia etsi victi emptores reversuri sint ad eum qui distraxit, tamen non videtur venire in petitionem hereditatis pretium rerum distractarum. Quasi diceret, non fit præjudicium hereditatis petitioni per vindicationem singularum rerum, si non venit in petitionem hereditatis quod vindicatione petitur. Atqui heres vindicando res singulas petit res ipsas aut earum verum pretium, quod et emptores a possessore auferunt; neque hoc verum pretium venit in petitionem hereditatis. Non fit igitur hac vindicatione petitioni hereditatis præjudicium. Quid ergo est? Responsum Ulpiani est in *d. L. sed etsi*. §. *item si rem*, rebus a bonæ fidei possessore distractis ita, ut is nec pretio factus sit locupletior, non posse heredem res ab emptoribus vindicare, si emptores regressum ad bonæ fidei possessorem habeant: habent autem semper nisi

nominatim convenerit, ne venditor teneretur ob evictionem, *L. non dubitatur, C. de evict.* Nempe hoc sentit Ulpianus, isto modo præjudicium fieri hereditati, id quod jus non concedit. Non obstat quod petitione hereditatis neque res distracta, neque verum pretium rei petitione hereditatis petitur, quorum tamen alterutrum petitur vindicatione. Non enim solum præjudicium fit hereditati, cum id petitur privato judicio, quod petitione hereditatis peteretur a possessore, neque petitum præstari deberet; sed etiam cum heres oblique a possessore petit quod judicio hereditatis petere non posset. Quod tum accidit, cum heres rem vindicando evincit emptoribus. Sic enim illis aufert rem, et per rem pretium: emptores autem de evictione adversus possessorem agendo hoc ipsum pretium illi auferunt, etiamsi auferre interdum possunt amplius. Ita heres pretium emptoribus auferendo, etiam per emptores aufert idem possessori, quod petitione hereditatis a possessore non consequeretur. Neque hoc casu contentus Ulpianus, etiam aliis duobus casibus negat heredem res a bonæ fidei possessore distractas vindicare posse ab emptoribus. Unus est, si possessor qui vendidit paratus sit ita defendere hereditatem, ut perinde atque si possideret conveniatur, idest, uno verbo, si emptionis nomine judicium suscipere paratus sit. Hoc ex regula juris, qua placet unumquemque nostro nomine judicium accipiendo nos invitos et ignorantes liberare, *L. solutione, D. de solut.* Alter est, et is si cum superioribus duobus conjungatur, tertius, si minori pretio res venierint, et pretium id quantumcumque illud sit, actor sit consecutus. Hoc ideo, quia cum heres pretium ex venditione accepit, venditionem comprobavit: quam idcirco improbare non potest. Quod si nihil horum erit, putat Ulpianus nihilo obstari heredi quominus res a bonæ fidei possessore distractas possit ab emptoribus vindicare. Sed hæc per occasionem dicta sunt, cum hoc principaliter tractetur an, pretiis a bonæ fidei possessore male perditis, teneatur possessor necne: placetque, non solum in cæteris rebus, sed etiam in pretiis rerum venditarum perceptis generaliter tenendum esse, quidquid bonæ fidei possessor de rebus hereditariis possessum perdiderit, consumpserit, omnino eum non teneri, tanquam qui locupletior factus non sit.

XXXVI. Sed ut in rebus ante litem contestatam ex hereditate possessis non sit possessor locupletior, eoque nec earum rerum nomine teneatur, hoc exigimus ut eas res ipsas hereditarias perdiderit, consumpserit: qui si consumpserit res alias, puta suas, ut nihilominus hereditarias apud se salvas haberet, quanvis contemplatione delatæ sibi hereditatis id fieret, tamen quatenus habet ex hereditate, placet eum hactenus semper locupletiorem videri, tantumque ex hereditate restituere debere: hoc in *L. sed etsi, §. si quis re sua, D. de her. pet.* Propone hoc modo. Qui se heredem existimabat, cum opima esset defuncti hereditas, cœpit tanquam ditior factus rebus suis propriis (19) lautius uti; cumque in statutis sumptibus soleret antea impendere trecenta quotannis, cœpit opinione falsa deceptus impendere de suo sexcenta, ut jam propter opinionem istam hereditatis delatæ, non modo in suis rebus non sit factus locupletior, sed etiam pauperior in trecenta, quæ alioqui non erat impensurus. Quæritur, an hæc trecenta possit deducere de hereditate, et tanto minus de ea restituere. Movet, quod quantum habet de hereditate tantum impendit de suo, idque damnum per caussam hereditatis passus videtur. Dicimus nihil hic eum posse deducere, sed totum quod ex hereditate habet, quia non attigit, restituere debere, *d. §. si quis re sua.* Merito; quantum enim ex hereditate apud se integrum habet, in tantum verum est eum ex hereditate locupletiorem esse: ut proinde conveniat eum hactenus ex senatusconsulto condemnari. At consumpsit res suas. Quid refert, si salvas habet apud se res hereditarias? Non enim hic quæritur an locupletior sit in rebus suis necne, sed an locupletior ex hereditate: qualem eum esse constat, si res hereditarias non attingens eas apud se integras retinet. At consumpsit sua propter hereditatem. Minime propter hereditatem, sed propter opinionem falso delatæ hereditatis. In quo cum se ipsum falso errore deceperit, non ab alio sit deceptus, non debet hic error alii, sed ipsi soli nocere, *L. nam*

(19) Ita et in *d. L. 25. §. 16. latius impendit, laute erogasset.* Sic Salvian. *Lib. 3. contra avaritiam pag. 9, edit. Rittersh.* hoc animo volvat quam *laute* heres suus *res suas* comedat. Unde apparet, nulla necessitate Duar. 1. *Disp.* 5 pro *lautius* reponere *latius*, quia sic Horat. 2. *Sat.* 2.

. . . . . . . . . *Latius opibus usum.*

et Seneca *de Brevitate vitæ Cap. 8. tempore utuntur latius.* Nam eodem utrumque sensu dicimus et phrasis *latius uti*, minus frequens Rob. 3. *Sent.* 5.

*si actor*, *D. de rei vind.* et ut alicubi Scævola loquitur, non debet hic possessor vel errorem suum vel profusionem aut negligentiam in rebus suis ad alienam injuriam transferre, *L.* 3. *in pr. D. de trans.* huc pertinet regula juris: ***factum cuique suum, non adversario nocere debet***, *L.* factum cuique, *D. de reg. jur.* Atque hoc totum ex eo, quia possessor res quas ex hereditate possidebat, non perdidit aut consumpsit.

XXXVII. Hoc posito incidit ex re ipsa interdum quæstio in rebus hereditariis, in rebus a possessore consumptis suasne ipse an eas potius quæ erant alienæ hereditatis, videatur consompsisse, et ex eo de restitutione judicetur. Quod accidit in hac specie, si quis putans se ex asse heredem, partem dimidiam hereditatis sine dolo malo consumpserit: de qua specie ordine tractatur in *d. L. sed etsi*, *§. adeo.* Finge ita: cum duo essent heredes aut testamento instituti, aut ab intestato proximi cognati eodem gradu, et unus abesset qui dicebatur in bello occubuisse, præsens totam hereditatem tanquam suam solius occupavit, occupatæ partem dimidiam consompsit, dum se re sua abuti putat. Alter coheres reversus dimidiam hereditatis a præsente repetit, vultque quod ipse consumpsit, ei nocere. Quæritur quid illi ex parte reliqua hereditatis dimidia restitui debeat: utrum ipsa tota, an nihil, an vero hujus partis reliquæ dimidia? Unum enim ex his tribus responderi oportet, nihil est quartum. Secundum regulam supra a nobis traditam, quæstio in eo est, quam partem heres præsens videatur consumpsisse: utrum dimidiam hereditatis suam an partem dimidiam coheredis, an vero in ea dimidia partim quod suum esset, partim quod coheredis. Nam si partem suam consumpsit, totam reliquam restituere debet; quippe quæ non consumpta apud eum mansit integra, ut proinde eo usque sit locupletior. Si consumpsit partem coheredis, nihil debet ei restituere; quia ea parte consumpta, quocunque modo consumpta sit ab eo qui suam putabat, apparet non esse eum inde locupletiorem factum. Quod si in parte consumpta intelligitur partim quod suum erat, partim quod erat coheredis consumpsisse, reliqua pars dimidia quæ exstat, incipiet esse communis, cujus proinde partem retinere debeat, partem restituere coheredi. Et sunt hæ tres visiones quas Ulpianus in *d. §. adeo*, scribit Marcellum retulisse in proposita quæstione, tractantem quid horum sequendum esset. Ubi visiones (20) vocat partes superioris distinctionis, quæ distinctio in proposito occurrit.

(20) Recte, et non abludit Ant. Augustin. 2. *Emend.* 2. *pag.* 77. qui Gr. v. θεωρίας huic Latino par esse scribit, testaturque ad vulgatos libros manasse *divisionibus.* Quæ ipsa lectio non absurda, si distinctionis partes interpretaris, et eodem recidit. Nec longe absimili sensu Cic. 4. *Acad. QQ pag.* m. 26. visionem veri falsique communem dicit et *Tuscul. QQ pag.* 201. falsa doloris visione et specie moveri homines etc. Enimvero cum nihil crebrius sit nostris aliisque auctoribus, quam ut de re dubia tractaturi dicant ita: Videbimus, videamus etc. Loci sunt infiniti: elegans perquam et concinna sit hæc *visionis* pro inspectione *L.* 44 §. 1 *de O. et A. L.* 91. §. 4. *de V. O.* θεωρία aut etiam ὄψις, ut Goth. vult, acceptio oportet. Planeque non ferenda audacia novatoris Schandi, qui locos omnes quibus *visionis* vocula legitur, qui perplures sunt, scelerata manu Triboniani corruptos censet tanquam hæc vox (quæ tamen ipsi Latinitatis principi non insolens) illatina, atque a consultorum nostrorum elegantia aliena sit. Sed expendamus parum, et quam valida manu advocata idem 18. *Conject.* 3. v. *sed in proposito d.* §. 15. ceu adiectionem Triboniani impugnet. Contextum 1.° ait verborum esse inconcinnum. Nihil ineptius esse et solutius illis verbis; *una prima*, pro proxima, quæ verbis præcedentibus expressa, deinde *alia posse dici* etc. illa autem 2.° *tertia utique* plane non convenire, pro iis scribi debuisse *omnibus portionibus*, cum Marcellus tractaverit non de duabus portionibus, sed pluribus, saltem tribus, quia vocat coheredes consumentis. Inde ait, alius error, quod dicitur *pars dimidia restituenda.* Cum tamen non nisi tertia esse possit, si coheredum partes viriles, ut si duo coheredes, illis restituantur, cuique triens. (Nam in *pr. d.* § 15. voculam *dimidiam* ceu irreptitiam ex. gl. interpretis delet Faber.) Viriles autem in dubio intelligantur, ac divinatio esset dicere coheredes eum habuisse ex reliquo semisse. Quæ nec 3.° cadere posset in aliam speciem, quam heredum ex testamento Ad SCt. pertinet quoque ad legitimos! et in his proclivior error ut putet quis se heredem ex asse, aut majore portione quam quæ delata est. Subdit 4.° quod non credibile sit Marcellum quæstionem indecisam reliquisse, aut mancum esse Ulpianum in referenda ejus sententia. Postremo 5.° maxime se moveri ipsa decisione quam juri contrariam putat. Dicendumque in ea specie totum quod supersit restitui debere, etsi quantum pro parte sua ad se spectabat totum consumpserit, modo non amplius. Quia hæc tantum intentio Senatusconsulti (absque quo esset, condemnandus omnino foret, etiam non locupletior) ne damno afficiatur possessor, non ut quidquam lucri captet. At etsi totum residuum restituat, in damno non constituitur, sed extra lucrum. Tribonianus au-

rebat: et visiones ideo, quia singulæ partes totidem continebant inspectiones et tractatus, quibus Marcellus videndum esse dicebat quid hic juris esset. Quid ergo ex his tribus propositis sequimur? Et sententia Marcelli fuit, tertium sequendum: ut utrique videlicet, quod consumptum est decedat, et nonnihil sit restituendum: cum autem dubitaret, utrum totum an partem restituendam diceret, Ulpianus dubitationem sustulit, et ait residuum integrum non esse restituendum, sed partem ejus dimidiam. Optime. Id enim ita statui oportuit, si heres qui dimidiam partem hereditatis consumpsit, in ea parte partem consumpsit quæ sua esset, partem quæ coheredis. Sic enim fit, ut dixi, ut in reliqua parte hereditatis dimidia eædem partes utriusque communes maneant; quia neutri sunt consumptæ. Atqui non aliter heres partem di-

tem facit, ut in lucro ponatur. Etsi vero hic locupletior non tam ex consumtis, de quo SC. loquitur, quam ex hereditate ea quæ superest: nil tamen absurdi est si lucrum omne ei auferatur, nec coheredum damno cedat quod consumpserit, sed ipsius. Quid 6.° quod aliquando per occasionem possessæ hereditatis, consumptio etiam pauperiorem reddat, ut in specie *d. L.* 25. §. 12. Quamvis autem discrimen in eo sit; quod illic hereditatem non attigit, hic ita, ejus tamen effectus tantum ut deducat quod consumpsit, ne proprii patrimonii jacturam subeat. Et verba ipsa 7.° prima arguunt quæstioni huic vix dubium inesse: tantum abest ut Marcellus pro possessore responderit, aut si omnino id, Ulpianus ab eo dissensit. Nam ratio dubitandi a Marcello allata v. *nam etsi is* facile diluitur ex ratione diversitatis, quia hic etsi totum restituat, damnum non sentit. Consumit sane hic heres ex parte, idemque possessor totius assis ex hereditate. At cur non 8.° ex portione sua potius quam coheredum, nam et pars hereditatis hereditas est *l.* 77. *ad L. Falc.* Siculi et pars fundi fundus, ita Faber. Quibus moveatur sane qui vult, me certe nec mutare nec notare vel minimum efficiunt. Nam ad 1. rationem Fabri resp. nihil in sermone inconcinnum. Studiosus brevitatis Ulpianus non potuit commodius, æque paucis verbis sententiam Marcelli complecti. Similes nostrorum locutiones conquiri possent, si vacaret aut expediret. Ad 2. resp. Facilior tollendæ difficultatis ratio levissima mutatione *s.* in *m.* si legamus *coheredem* quomodo et Donellum nostrum legere apparet ex specie quam ponit. Quin et salva lectione vulgari exponi potest, *utrique* scilicet semissi; et ponenda species ubi possessor ex semisse heres, cui duo coheredes, quisque ex quadrante. Neque hæc divinatio est a verbis aliena; sed immo ex ipsis verbis necessario infertur ibi *quasi suam partem*. Nam si dimidia quam consumpsit dicitur ejus pars: necesse est ex semisse heredem esse. Posito hoc, pariter necesse est, quotquot coheredes sunt, non posse omnes simul plus habere quam hic solus. Ad 3. resp. falsum hoc: Quid enim si defuncto filius unus superstes, et ex alio prædefuncto duo nepotes; ac ille se solum superare putet nepotibus forte peregre natis. Esto autem. Numquid non sufficiet in una specie heredum ex testamento id contingere? Semper supponendi sunt termini habiles. Ad 4. resp. Non insolens hoc nostris quæstionem in ambiguo ab aliis relictam definire: exempla obvia sunt. Apparet autem Marcellum primam opinionis seu distinctionis partem rejecisse. De 2. et 3. vero utra amplectenda sit hæsitasse. Ad 5. resp. Immo apta et juri consona decisio ex firmissima ratione a Donello hic allata. SC. sane hoc tantum agit ne damno afficiatur possessor. Damno autem afficitur, cui lucrum ex alia causa (non ex ea juste possessa hereditate,) juste jam quæsitum aufertur. Nam quod diversa sunt in lucro non versari, et damnum subire *l.* 16. *pr. Quæ in fr. cred.* procedit ubi lucrum quærendum impeditur *d. L.* 16. *pr.* Tiraq. in *l. L. connub. Gl.* 2. *n.* 35. non ubi quæsitum adimitur. Quis enim ambigat si mercator ex. gr. mille aureos ex negotiatione serici lucratus, eosdem in negotiatione pellium perdat, vere damnum fecisse dicatur? Quare et hic si vere heres ex semisse partem suam jam aditione quæsivit, si per occasionem alterius semissis coheredum bona fide a se possessi, propter consumptionem illum suum semissem totum amitteret, utique non tam extra lucrum quam in vero damno constitueretur. Accideret enim ipsi quod non accidisset, si portiones coheredum non possedisset. Ad 6. resp. Distincta ratio. Spectatur, non tantum quid sit in opinione, sed et quid in re. Accedit quod quæ salva sunt et oculis dominorum obversantur, majori invidia illis auferuntur, Gilken. *L.* 22. *C. de R. V. C.* 7. *n.* 73. Et omnino Fabri opinione posita, proprii patrimonii jacturam subiret ex consumptione hereditatis alienæ. Suam enim partem aditione acquisivit, eaque in patrimonium ejus redacta est. Sed dum res hereditarias coheredibus communes absumit, quantumcunque hereditatem minuant, necesse est ut consumptio facta sit pro altera parte ex hereditate jacente, ratione coheredum qui non adierunt. Enimvero hoc fugiendum quod ratio *d.* §. 12. convincit, etsi si scisset totam hereditatem ad se non pertinere, nihil omnino ex hereditate consumsisset, statutis sumptibus ante delatam hereditatem solitis contentus, tamen pro rata suo semissi decedere. Ad 7. resp. Hoc non video quem colorem habeat. Nam imo vocula *inde* argnit extensionem ad res omnino in favorem possessoris. Ad 8. resp. Retorquere licet ita: At cur non ex portione coheredum potius quam sua? nam et illa hereditas est. Sed num profundum id partem hereditatis hereditatem esse, id, cum non præsentis loci minime hic discepto.

midiam hereditatis consumpsit quam ut in ea partem suam consumeret et partem coheredis, non autem aut totam dimidiam suam, aut totam coheredis. Quandiu enim hereditas inter coheredes divisa non est aut consensu aut judicio familiæ erciscundæ, tandiu omnes res hereditariæ communes sunt inter coheredes pro indiviso. *L. non possumus*, *D. si pars her. pet.* Unde necesse est evenire ut, quamcunque rem attingat unus ex coheredibus, is in ea re tanquam communi intelligatur partem suam attingere, partem coheredis.

XXXVIII. Postquam bonæ fidei possessor hactenus tenetur quatenus locupletior factus est, quæsitum est quo tempore esse debeat ut teneatur. Paulus definit magis esse ut in eo rei judicatæ tempus spectetur: hoc ille in *L. si a domino*, *§. pen. D. de her. pet.* Quæ definitio singulari animadversione indiget. Nam ut est proprietas verborum, defendi certe non potest. Proprie dicimus tempore aliquo esse spectandum an quis sit locupletior, cum id tempus ad eam rem ita spectamus ut, si eo tempore locupletior quis sit, teneatur, condemnetur: si non sit, non teneatur, non condemnetur, *L. litis*. *D. de neg. gest. L. rei judicatæ*, *D. sol. mat.* At isto sensu dicere non possumus, tempore rei judicatæ spectandum esse an locupletior sit bonæ fidei possessor. Esto enim, si eo tempore locupletior sit, teneatur: at certe illud nullo modo dici potest, si eo tempore non sit locupletior, eum non teneri. Aut enim quæritur de iis quæ post litem contestatam acciderunt, in quibus non sit locupletior: aut de iis, quæ acciderunt ante litem contestatam. Si de iis quæ post litem contestatam, nullo modo verum est nos in his spectare tempus rei judicatæ, ut sciamus an non sit possessor locupletior, et ob id non teneatur. Ut enim maxime locupletior non sit eo tempore: si tamen prius quandoque fuit locupletior post litem contestatam, semper eo nomine condemnabitur. Desinit enim postea possidere, atque hoc modo per eum fit quominus possideat. Quod cum accidit, perinde condemnatio est ex senatusconsulto, ac si possideret. Constitutum hoc quidem est nominatim adversus malæ fidei possessores. Sed valere debet non minus adversus bonæ fidei possessores post litem contestatam: quia post id tempus omnes possessores pares sunt, et pro prædonibus tenentur, *L. sed etsi*, *§. si ante*, *D. de hered. petit.* Ita, ut possessor bonæ fidei post litem contestatam teneatur tanquam locupletior, non unum tempus rei judicatæ, sed omnia quibus quandoque locupletior fuit, spectanda sunt: cætera non sunt quibus locupletior esse desiit, ideoque nec tempus rei judicatæ quo id acciderit. Quod si quæritur de iis quæ ante litem contestatam acciderunt; tum multo etiam magis falsum est, in his spectandum esse tempore rei judicatæ, an possessor locupletior sit necne. Immo contra certi juris ratio facit, ut in his ad eam rem spectandum sit tempus litis contestatæ, nec possit omnino aliud. Nam si eo tempore bonæ fidei possessor locupletior est, deinceps eo nomine perpetuo tenetur; quia petitori post litem contestatam omnia restituenda sunt quæ habiturus esset, si tempore litis contestatæ res restituta esset, *L. illud D. de her. pet.* Quod si eo tempore bonæ fidei possessor locupletior non est, is pro his quæ antecesserunt, ut sunt verba senatusconsulti, omnino non tenetur: fieri potest, ut possessor bonæ fidei post litem contestatam possidere habere quid incipiat, quo nomine teneatur. Sed id ad tempus quod sequitur litis contestationem pertinet, non ad præcedens tempus de quo loquimur. Quid ergo est? Una hic defensio ad superiorem Pauli definitionem tuendam relinquitur, si tamen hæc idonea defensio dicenda est, ut dicamus Paulum solum loqui de eo possessore bonæ fidei qui locupletior sit tempore rei judicatæ, et quærere an sufficiat eum eo tempore possidere, quamvis tempore litis contestatæ et prioribus temporibus locupletior non fuerit: hic autem respondere, non tempora præcedentia quibus non possedit, sed tempus rei judicatæ quo possedit spectandum esse, ut scilicet teneatur nihilominus qui tunc possidet et locupletior est, quamvis ante nihil possederit. Quod quidem per se vera sententia est, ex *L. si quo tempore*, *D. de hered. petit.* eamque defensionem Azoni placuisse video, quæ et refertur apud Accursium in eo loco. Sed certe hæc admodum infirma defensio est, quæ nec verbis Pauli nec rei propositæ convenit. Non verbis. Non enim quærit Paulus specialiter de tempore rei judicatæ, sed generaliter de omni tempore quo possessor locupletior esse possit: nec quærit, quo tempore satis sit eum locupletiorem esse, sed quo tempore locupletior debeat; ut si respondet ad quæstionem propositam, et dicit in eo spectandum tempus rei judicatæ, necesse sit hæc eum dicere, id tempus spectari debere, non item cætera tempora. Sed nec ea interpretatio ullo modo convenit quæstioni et rei propositæ. Esto enim, dicat Paulus bonæ fidei possessorem

damnandum, si quid tempore rei judicatæ possidet, quanvis tempore litis contestatæ non possederit: at certe hæc sententia non magis bonæ fidei possessori convenit, quam malæ fidei possessori. Nunc antem quærit Paulus de bonæ fidei possessore: *quo tempore*, inquit, *locupletior esse debeat bonæ fidei possessor dubitatur*. Non ergo profecto id sensit quod non magis ad bonæ fidei possessorem pertinet, quam ad malæ fidei possessorem: sed illud quod verba exprimunt, quo tempore bonæ fidei possessor locupletior esse debeat, ut ex eo tempore de ejus condemnatione judicium fiat, et si eo tempore locupletior est, hactenus condemnetur; si non est locupletior, non teneatur. Ad quam quæstionem cum respondeat tempus rei judicatæ spectandum esse, non potest aliud accipi, quam illud quod modo dixi. Quod quam verum sit, ex his quæ disserui, intelligi potest: ut fatendum (21) sit omnino aut vitium hic scripturæ esse, aut Paulo vel Triboniano in relatione hujus sententiæ, somnum obrepsisse. Non enim potuit Paulus jus superius quod ostendimus ignorare.

XXXIX. Sed his, ut natura rei postulabat, de restitutione rerum fusius expositis, nunc rem in pauca conferam. Sit ergo hæc summa rerum quæ possessor hereditatis victus petitori ex bona fide restituere debeat. Si qua res ex hereditate possessor victus tempore rei judicandæ possidet, et quod idem est, si qua in re locupletior est ex hereditate, id omne restituere debet etiam bonæ fidei possessor: idque ita est, etsi id quod tunc reus habet, possidet, non possederit tempore litis contestatæ, sed post judicium acceptum possidere cœperit. Quod si quid tunc reus ex hereditate non possidet, si non est aliqua in re locupletior; si quidem per eum factum non est quominus possideret, non tenetur ne malæ fidei possessor quidem. Sin factum per eum est quominus possideret, malæ fidei quidem possessor quocumque modo et quandocumque id acciderit, tam tenetur eo nomine, quam si possideret, præterquam tribus illis casibus quos supra hoc loco excepimus. Fit autem dupliciter per reum quominus possideat, si aut prius a se possessum desinat possidere, aut nunquam possessum, cum acquirere posset, omisit. In eadem caussa est bonæ fidei possessor post litem contestatam, atque adeo post controversiam motam, nisi quod si juste ad judicium provocavit, opinio justa rei suæ duarum rerum excusationem illi tribuit; in interitu rei ne periculum præstet; et in restitutione fideicommissi ne plus reddat quam quod bona fide eo nomine accepit. Pro eo autem tempore quod litem contestatam et controversiam cœptam antecedit, sic conditio est bonæ fidei possessoris, ut de rebus quas per id tempus non possidet, ex quibus locupletior factus non est, omnimodo non teneatur; non tantum si neglexerit acquirere, cum posset; sed etiam si ante possessas non dico incuria amiserit, sed etiam malo more dilapidaverit, consumpserit.

XL. Quibus positis, hæc jam de temporibus possessionis spectandis sunt consequentia. Primum cum neque malæ fidei possessor per omnia tempora, neque bonæ fidei possessor post controversiam motam teneatur quatenus locupletior factus est, sed generaliter quatenus potuit locupletior fieri etiam si non sit: omnino non esse quærendum in horum persona, quo tempore locupletiores sint aut esse debeant, sed quo tempore esse potuerint, etsi non sint. Multoque minus in his verum esse tempus rei judicatæ esse spectandum, ut sciatur an sint locupletiores, cum non minus antecedentia tempora spectanda sint quibus aliquando locupletiores facti sunt, etiamsi rebus amissis desierunt tempore rei judicatæ esse locupletiores. In bonæ fidei autem possessore, postquam constat eum ante litem contestatam non teneri, nisi quatenus locu-

(21) Imo *d. §. pen.* accipiendus de eo bonæ fidei possessore qui juste ad judicium provocavit, quique per acceptionem judicii malæ fidei possessor non effectus. Nam qualitas adjecta verbo debet intelligi secundum tempus verbi *L. 4. §. 2. de nox. act.* Tiraq. *de jure primog. Q. 40. n.* 176. Spectatur tempus rei judicatæ in eo qui ad illud ipsum usque tempus bonam fidem retinuit. Nam hic moram non facit, *l. 24. pr. de Usur.* Præstatio autem eorum quæ non percepit possessor, item quæ amisit pœna moræ vel culpæ est. Et imo hoc ipsum quod Donellus agnoscit, ut *supra N.* 29. interitu rei fatali contingente post litem contestatam liberari bonæ fidei possessorem, *L. 40. pr. h. t.* arguit rei judicatæ tempus spectari. Durum certe eum qui, quandiu evicta hereditas non fuerit, bonam fidem habuit, de amissis inter moras litis forte citra culpam suam, teneri. Neque hoc æquitas aut formula judiciorum bonæ fidei, in quibus et hæc petitio, permittet, aliudve judex ex æquo et bono statuere poterit. Facit *L. 3. §. in hac 2. Commod.* Paulo aliter Cujac. in *Lib. 20. Pauli ad edictum ad. d. §. pen.* et Scip. Gentil. *Lib. 1. de Don. int. vir. C.* 32.

pletior est, hereditate autem ab eo petita, incipere teneri, etiam quatenus locupletior non sit: etiam illud consequens esse perspicuum est, si quæratur post petitam hereditatem quo tempore is locupletior esse debeat, ut ex eo judicetur utrum teneatur necne, distinguendum esse; ut in his, quæ controversiam motam secuta sunt, nullum certum tempus spectandum sit, sed omnia, ut quodque erit quo fuerit locupletior, etiam si postea desinat, aut adeo locupletior esse potuerit. In iis autem, quæ antecesserunt, spectandum sit tempus litis contestatæ, seu controversiæ motæ: quia si eo tempore locupletior est, futurum sit ut non tunc solum, sed deinceps etiam perpetuo teneatur, perpetuata per litis contestationem velut obligatione: sin eo tempore locupletior non est, nullo modo præteriti temporis nomine teneatur: cum eo tempore toto fuerit possessor bonæ fidei, Senatusconsulti autem verba diserte scripta sint, bonæ fidei possessores, quandiu tales sunt, usque eo teneri dumtaxat quo locupletiores facti sunt.

XLI. Atque hæ res sunt, quæ potestate hujus judicii petitori a possessore victo restitui ex bona fide debent: ex quo etiam intelligimus totidem res esse, quas petitor hoc judicio sibi restitui petat, et de quibus obtinendis hoc judicio tanquam fine petitioni proposito agatur. Ut enim a principio monui, eas res petit quisque jure, quas eodem jure consequitur; nec consequitur per judicem nisi quod prius petitum fuerit, *L. ult. C. de fid. lib.* Has res dicimus petitorem de intentione sua probantem consequi hoc judicio officio judicis, *L. licet, D. de heredit. petit.*

XLII. In omnibus actionibus, ex quibus quid restitui debet, quales sunt omnes in rem actiones, officium judicis ad restitutionem faciendam tale est ut, si res exstent quæ restitui debent, jubeat judex possessorem eas restituere, sive apud eum exstent sive alienatæ apud alium, et præfiniat tempus quod idoneum videbitur ad res restituendas: unde et hic jussus dicitur arbitrium judicis. Si possessor restituit, et ita arbitrio paret, judicio satisfactum est, et qui paruit absolvitur. Si non restituit, sequitur condemnatio judicis qua reum condemnat in rerum æstimationem quæ nostris dicitur litis æstimatio. Quod si res non exstabunt, nullum hic arbitrium judicis præcedet de his restituendis, alioqui ineptum et inutile futurum; sed statim æstimatio rerum in condemnationem veniet, *L. item veniunt, §. ult. D. de her. pet.* Id ita fieri in hujusmodi judiciis apertius declaratur in *L. qui restituere, D. de rei vindicat.* in rei vindicatione quidem illic ab initio; sed ita, ut subjiciatur ad extremum generalis definitio quæ docet idem servari in omnibus actionibus, quibus agitur ad restituendum. Æstimatio autem rerum in quam dicimus condemnationem fieri, non una est adversus omnes possessores, sed alias vera servatur; alias arbitrio petitoris permittitur juranti se tanti rem æstimare: quod jusiurandum in litem vocamus, et sæpe verum pretium longe excedit. Si culpa tantum possessoris factum est, quominus posset rem restituere, condemnatur dumtaxat in verum pretium. Si dolo malo facit fecitve quominus restitueret, condemnatur quanti actor in litem juraverit: hoc in *d. L. item veniunt, §. ult. L. sed etsi, §. hæc verba, de her. pet.* et condemnatio est ad omnes actiones in rem pertinens: de qua apertius comprehensum est in *d. L. qui restituere, de rei vind. L. in actionibus, D. de in lit. jur.*

## CAP. XV.

**De effectu hujus judicii in iis quæ reum attingunt; seu in iis quæ possessori hoc judicio circa res hereditarias vel tribuuntur vel denegantur.**

*Continuatio. Duplex et reo proditus finis et effectus petitionis hereditatis.* I.

*Primus in eo est, ut reus possessor absolvatur; quomodo hoc assequatur.* II.

*Alter, ut administrationem habeat eorumve quæ gessit, indemnitatem. Administratio in quinque rebus versatur; et quæ illæ.* III.

*Duo priora spectare ad possessorem certi juris.* IV.

*Tria reliqua an et quatenus possessori permittantur, tribus quæstionibus explicatur.* V.

1. *An liceat possessori res hereditarias distrahere commodo hereditatis; et quatenus illi per magistratum liceat.* VI.

2. *An et quatenus possessor, ubi de hereditate est controversia, pecunias debitas exigere et res hereditarias a possessoribus vindicare queat.* VII.

*Papiniani definitio in* L. si bonæ fidei 49. D. de hered. petit. *explicatur, et simul quæstio expeditur.* VIII.

*Contraria removentur; et quale hereditati præjudicium immineat indicatur.* IX.

*Quando petitor, ubi lis de hereditate adversus rerum hereditariarum possessores consistere possit, et quatenus agere cum debitoribus hereditariis.* X. XI.

*Conciliatur cum Papiniani distinctione in* d. L. si bonæ *Lex* si post litem 13. D. de exception. *et hujus lectio emendatur.* XII.

3. *An petitor, aut possessor hereditatis teneantur judicium accipere sine exceptione conventi a creditoribus hereditariis.* XIII.

*Quid novi hac de re statuerit Justinianus; et quam recte triplex ab illo rerum facta distinctio.* XIV. XV. XVI. XVII.

*Possessorem indemnem præstari debere in administratione hereditatis: qualis ejus indemnitas.* XVIII.

*An possessor heredi reputare possit quod solvit creditoribus hereditariis: interest an liberatio debitoris inde sequuta: vel an ille debitum solverit, aut indebitum.* XIX.

*Indebitum nec bonæ fidei possessor reputat, nisi ex justo errore solverit.* XX. XXIV.

*Debitum vero quicunque possessor si solvat hereditario nomine, et debitorem liberat solutione, et illud imputat heredi.* XXI. XXIII.

*Exponitur* L. de hereditate 5. Cod. de petit. heredit. XXII.

*Secus qui suo nomine solvit, non hereditatis.* XXIV.

*Sed et hic tamen imputat heredi qui, si non ipso jure, at per exceptionem liberatur; ita conciliatur* L. 31. de hered. petit. *cum* L. 5. Cod. eod. XXV. XXII.

*Neque solus bonæ, sed et malæ fidei possessor imputat heredi per exceptionem liberato: inter utrumque quid intersit.* XXVI.

I. Hactenus finis petitionis hereditatis in iis quæ petitorem attingunt, et ad eum finem obtinendum hactenus hujus judicii effectus. Cum judicium non solum petitorem habeat, sed etiam reum cui et ipsi suus finis ad defensionem propositus est, quem eundem in justa defensione non minus hoc judicium tuetur, reliquum est ut de hoc effectu judicii, qui valeat ad reum tuendum, breviter dicamus quæramusque quid hic judicium possessori vel tribuat vel deneget. Possessori ex adverso duplex finis præpositus est.

II. Unus omnium rerum in judiciis communis, ut absolvatur. Alter proprius hujus judicii, ut quoniam de hereditate re ampla agitur, quæ administratione majore et accuratiore indiget, interim dum incertus est litis eventus ignoraturque ad utrum pronuntietur pertinere hereditas, liceat hoc saltem possessori res hereditarias administrare, quod sine fraude damnoque ejus fiat. Priorem finem, ut absolvatur, sic assequitur sententia judicis, si aut se heredem esse doceat, aut petitor se esse non probet. Sic enim est commodum possessoris, ut actore

non probante reus obtineat, et in suo loco maneat possessio, quanvis nihil ipse præstiterit. *L. qui accusare, C. de edend. L. ult. C. de rei vind. §. retinendæ*, vers. *commodum, Inst. de interd.*

III. Sequens finis duas res continet, administrationem rerum hereditariarum, et in iis quæ gesserit, indemnitatem. Administratio omnis recta patrimonii in his fere rebus quinque consistit: in rebus recte colendis, tuendisque; in ære alieno dissolvendo, ne usuræ crescant aut pignora distrahantur; in rebus distrahendis, cum utilitas patrimonii postulat; in pecuniis debitis exigendis rebusve vindicandis; in actionibus creditorum suscipiendis. In quibus omnibus quæritur quid possessor possit, quid item suscipere rogatur.

IV. Et priora duo nullam admodum dubitationem habent, præsertim ut sunt ea quæ de restitutione possessoris diximus, quin et debeat possessor ea præstare, et ut debet, possit. Res hereditarias recte colere et tueri possessorem debere tum satis intellectum est, cum diximus si res negligentia ejus deteriores factæ sint, puta non ita cultæ ut oportebat, id eum prestare debere: et si quem sumptum in eam rem facere debuit neque fecit, eum culpæ hujus reddere rationem, nisi sit bonæ fidei possessor, qui neglexerit ante controversiam motam, *L. ei qui. 54. §. ult. L. si quid possessor. 31. §. pen. D de her. pet.* Et ut hanc operam debet possessor rebus hereditariis, ita et potest his præstare suo jure, neque in eo indiget concessione cujusquam. Jure enim publico licet unicuique, quanvis maxime extraneo, alterius conditionem opera sua facere meliorem, *L. solvendo, D. de neg. gest.* Debet et possessor æs alienum, si quod est, exsolvere, *L. non solum, D. de her. pet.* Scilicet ne usuris crescentibus aut pignoribus distractis, hereditas aliquid detrimenti patiatur: cujus detrimenti nomine teneri possessorem satis dicit, qui dicit possessorem in his quæ per eum facta sunt quominus haberet, proinde condemnandum quasi possideret. Quod S. C. comprehensum est pertinetque non solum ad possessores malæ fidei, sed etiam ad bonæ fidei possessores post controversiam motam, *L. sed etsi, §. si ante. §. perinde, D. de her. pet.* Et ut possessor id facere debet, ita et per se potest, quoties videtur. Illo enim recepto, licere unicuique alterius conditionem meliorem facere, consequens fuit ut liceret unicuique pro altero solvere, ut invitum et ignorantem debitorem liberet, quod et placuit. *L. solutione, L. solverit, D. de solut.*

V. Tria sequentia habent dubitationem: priora, an possit possessor ea exsequi suo jure, postremum an suscipere cogatur: quæ eadem hoc exemplo et de petitore quæruntur, dubitatione in omnibus inde nata, cujus hic admunendi locus est, quod de petitione hereditatis ita jus constitutum est, ut nihil in præjudicium ejus judicii (1) fieri debeat, *L. Divus. 5. ult. D. de her. pet. L. ult. in pr. C. eod.* His autem omnibus ab uno ex litigatoribus susceptis, præjudicium alterius petitioni aut juri fieri videtur. Quapropter de his amplius videamus.

VI. Est igitur tertium in administratione hereditatis, ut liceat possessori res hereditarias pro commodo hereditatis distrahere. Hoc vero non statim licet et facere jure suo. Nondum enim constitit eum dominum esse, nec potest postulare ut sibi liceat tanquam jure suo vendere, quin præjudicium fiat hereditatis petitioni, quæ eum dominum esse, eoque et jus vendendi habere negat. Ideo placet, etsi quid tale instituat possessor, desiderante petitore prohibendum eum ante quam lis inchoaretur, ex ea hereditate, de qua controversia erit, aliquid distrahere, *L. Divus, de her. pet.* Quod si prohibetur facere ante litem inchoatam, multo magis et post litem contestatam, quo tempore petitori ad prohibendum plus juris est; Nemo enim litem contestando cum reo de-

(1) Quia caussæ majori per minorem præjudicari non debet *L. 54. de judic.* Major autem hereditatis caussa, tum quia petitio est universalis, tum ut dicitur *d. L. ult.* ob auctoritatem Centumviralis judicii; vocaturque hæc actio Centumvirale judicium *L. 30. de lib. leg.* Etsi enim et alias, quoties de jure ambiguo et incerto contentio, Centumviri quibus Prætor præsedit, cognoscebat, vid. *supra Lib. 17. Cap. 21. N. 5. Cap. 22. n. 5. et Cap. 24. N. 20.* hanc tamen petitionem *d. L. ult. pr. d. L. 30.* ut et de inofficioso *L. 13. L. 17. princ. de inoff. test.* Quintil. *Lib. 7. Cap. 5.* Plin. 5. *Epist. 2.* Cic. 2. *de Orat.* Valer. *Lib. 7. Cap. 8.* et denique quasquonque hereditarias caussas argum. 5. *Sent.* Paul. 16. §. 2. omnimodo ad eos pertinuisse, etsi de facto ambigeretur, nec potuisse hic judices vel recuperatores addici probabile videtur. Confer. Cujac. 10. *Obs.* 20. Goth. *in not. ad d. L. 17. princ. lit. A.* Quia vero ex hoc ordine septeni singulas caussas disceptabant, inde eadem septemviralia judicia in epigraphe *L. 7. 28. ac 31. de inoff.* ut recte Cujac. 14. *QQ. Papin. ad L. 15. § 2. d. t.* et 3. *Obs.* 31. Contra Duar. ad eum tit. *Cap.* 2. et Jac. Schegk. *Præmiss. Epist.* 2.

teriorem conditionem suam facit, sed meliorem, *L. non solet*, *L. nemo enim*, *D. de reg. jur.* Interdum tamen postulanti possessori distrahere res hereditarias a magistratu conceditur: Quod fit harum conditionum duarum alterutra, si aut satisdet petitori de rebus restituendis; aut cavente solum eo, distractio rerum videatur necessaria. *d. L. Divus*, *de her. pet.* Satisdat de rebus restituendis qui stipulanti petitori promittit se, si vincatur, restituturum res omnes hereditarias aut earum æstimationem, et in eam rem dat fidejussores qui idem adpromittant, *L. 1. D. qui satisd. cog.* Necessariam distractionem duæ res faciunt: conditio rei quæ venditur, et impensa hereditati necessaria. Conditio rei, si ejusmodi res sit quæ venditur, quæ mora aut peritura sit aut deterior futura: ut si sint in hereditate vina, cervisiæ, frumenta, aut aliæ res edules, quarum aliæ nisi vendantur, acescent, aliæ aliter corrumpentur. Impensa hereditati necesssaria necessariam rerum hereditariarum venditionem facit, si non sit pecunia in hereditate, quæ suppetat ad eam impensam faciendam: ut proinde necesse sit res aliquas hereditarias vendi, unde pecunia conficiatur: ut si aliquid necessarium sit ad funus, si ad cibaria familiæ emenda, seu ad reficiendas tuendasque res hereditati necessarias, si æs alienum exsolvendum, quo ad diem non dissoluto, futurum sit ut aut usuræ currant, aut pignora distrahantur: hæc in *d. L. Divus*, 5. *L. non solum*; 53. *de hered. petit.*

VII. Quartum est in hac administratione, ut possessor pecunias debitas exigat a debitoribus hereditariis, itemque res hereditarias ab aliis possessas vindicet a possessoribus. Hæc vero an possit possessor facere quæritur: neque hic una dubitandi caussa est. Primum non potest is cum debitoribus hereditariis agere in personam, nisi sit heres et se talem doceat. Actiones enim in personam non competunt nisi creditori, aut creditore mortuo, ejus heredibus, §. 1. *Inst. de perp. et temp. act.* Sed nec res hereditarias vindicare potest nisi dominus, *L. in rem. D. de rei vind.* nec dominus esse quisquam potest rei hereditariæ tanquam hereditariæ, nisi heres cujus est in dominium et jus defuncti succedere, *L. cum hered. s.* in pr. *D. de acq. poss.* Atqui possessor hereditatis cui lis hereditatis controversia, aut non est heres, aut in ea caussa est ut non prius talem esse eum certo constet, quam de eo inter ipsum et inter petitorem hereditatis fuerit controversia. Sed esto, possit possessor adversus debitores hereditarios aut adversus rerum possessores agens, probare se heredem esse, et hoc modo consistere adversus eos; tamen hic etiam alterum superest de quo juste dubitetur, an non possessori obstet: quod constitutum est videlicet, ne quid fiat, neve quod judicium admittatur quo præjudicium fiat hereditatis petitioni, *L. 5. §. ult. de her. pet.* Quid enim, cum lite de hereditate mota possessor agit cum debitoribus hereditariis aut rerum hereditariarum possessoribus, et vincit: an non fit hereditatis petitioni præjudicium? Et maxime ut videtur. Sive enim in petitione hereditatis judicatur pro eodem possessore, ut pronuntietur hic quoque esse heres, ideo priore illo judicio præjudicium factum est judicio de hereditate, quia judices priore moti videri possunt, ut in hoc posteriore idem judicarent. Sive in petitione hereditatis judicatur contra possessorem, nihilominus tamen semper verum erit, priore judicio exemplum allatum esse judicibus de hereditate cognoscentibus, ut idem sequerentur.

VIII. Et exstat de hac re tota definitio Papiniani in *L. si bonæ fidei*, *D. de her. pet.* de qua videamus. Sic autem verba sunt: *Si bonæ fidei* (2) *possessor hereditatis velit cum debitoribus hereditariis aut iis qui res hereditarias occuparunt consistere, audietur utique, si periculum erit ne inter moras actiones intercidant.* At non potest consistere, ut diximus, nisi se heredem dicat et probet. Et hoc fatendum omnino est. Sed nihil vetat quominus, pendente lite de hereditate, possessor id de se probet adversus debitorem hereditarium aut rerum possessorem, quanvis fieri possit ut in judicio de hereditate aliter judicetur. Enimvero hoc solus videtur facere posse possessor bonæ fidei, qui justam caussam habet cur existimet hereditatem ad se pertinere, et ut habet, ita et caussam probare potest. Non idem potest præstare malæ fidei possessor, qui nullam habet hujusmodi caussam possidendi. Hinc est, quod Papinianus definitionem superiorem retulit ad bonæ fidei possessorem, cui etiam soli istas actiones tribuit. Sed huic ipsi possessori, quanvis bonæ fidei et se heredem intendenti ac probare parato, obstat adhuc exce-

(2) Nota hic inter moras litis bonæ fidei possessorem dici. Ergo non perpetuum quod litis contestatio malam fidem inducat: vid. *Cap. præc. N.* 14. Nam malæ fidei possessor nec hic casibus actionem habet *L. 31. §. pen. h. t.*

ptio, si non præjudicium fiat hereditati. De hac ergo tacite respondet Papinianus, aitque possessorem consistere posse cum debitoribus in personam agendo, cum rerum possessoribus res vindicando, non simpliciter, sed utique, idest, si modo, seu hac conditione, *si periculum sit, ne* (3) *inter moras judicii de hereditate actiones intercidant.* Qua conditione adjecta satis significat, si nullum tamen periculum immineat, possessorem hereditatis mota de hereditate controversia non posse superiores actiones exercere, quantumvis bona fide possideat et se heredem esse intendens paratus sit id probare.

IX. Quid ergo obstat? exceptio quam dixi, dum præjudicium hereditati non fiat. Et tamen in superiore periculo actiones istas possessori bonæ fidei concedit: quamobrem intelligetur, si prius dixero ubi hoc periculum immineat. Imminet autem hoc periculum hereditati aut ex genere actionis, aut ex persona ejus cum quo agitur. Ex genere actionis, si actio sit temporalis quæ brevi tempore exitura sit, ut intersit hereditatis in tempore agere ut actio judicio inclusa fiat perpetua, aut in rebus ab alio possessis interrumpatur præscriptio: qui effectus sunt litis contestatæ, *L. ult.* in fin. *D. de fid. tut. L. nec bona, C. de præscript. long. tempor.* Ex persona ejus cum quo agitur, si aut persona suspecta sit, quæ facile fugere possit, et secum omnia sua item et res mobiles hereditarias possessas auferre, aut videatur debitor labi facultatibus. In hoc, inquam, periculo etiam pendente hereditatis controversia vult Papinianus, possessorem hereditatis consistere posse judicio privato et singulari adversus debitores hereditarios et rerum hereditariarum possessores. Cur ergo in hoc periculo potius quam tum cum nullum ejusmodi periculum objicitur neque ex genere actionis, neque ex debitoris aut possessoris specialis persona? Nam et possessore hereditatis in isto periculo agente pariter fieri videtur præjudicium hereditati: quod si fit, actionem exceptione removeri constat, *L. ult.* in princ *C. de hered. petitio.* Et hoc sensit Papinianus, atque, ita res habent, agente hoc casu hereditatis possessore, proprie non fieri hereditati præjudicium. Tunc enim proprie alii præjudicium fieri dicitur, cum judicatur quod alii noceat. Unde res inter alios judicatas aliis non nocere, et aliis præjudicium non facere, seu aliis non præjudicare, pro eodem usurpantur; ut indicat *titul. Codic. res inter ali. act. et judic. al. non nocer.* in cujus inscriptione prius verbum positum est, in legibus subjectis eadem sententia posterius. Sic et in *L. sæpe, penult. D. de re judic.* Jam vero in superiore periculo actionum amittendarum tempestive agente et obtinente possessore non modo id judicium fit quod hereditati noceat, sed etiam quod maxime prosit. Expedit enim hereditati proinde et petitori hereditatis res hereditarias salvas esse, quæ alioqui essent perituræ. Ne sit igitur mirum, sic hoc casu agente hereditatis possessore, non obstet ei exceptio quasi præjudicium hereditati fiat. Sed ut cætera possessorem hereditatis agentem in hoc periculo admittant; attamen debitoribus cum quibus agitur, injuria fieri non debet. Atqui pendente hereditatis judicio, si possessor hereditatis cum debitoribus aut possessoribus agat, non videntur hi possessori sine injuria condemnari posse. Quid enim, si possessor postea in judicio de hereditate pronuntietur non esse heres? Restitutæ res erunt ei quem ex eventu appareat creditorem et dominum non fuisse, cui proinde debitores et possessor non tenebantur. Sed et debitores insigni injuria afficientur; qui possessori, id est non suo creditori solvendo eum liberari non potuerint, cogentur postea etiam solvere creditori, *L. invito, Cod. de solution.* An non igitur hæc saltem caussa possessoris hereditatis actiones inhibebit? Minime. Nam possessori rerum singularum, cum quo possessor tanquam heres egit et obtinuit, sa is eo judicio cautum est, ne iterum de eadem re teneatur. Res enim eo judicio restitutas neque amplius possidet, neque dolo desiit possidere. Adversus ejusmodi rerum quondam possessores nulla est in rem actio. *L. qui petitorio L. a quo servus, D. de rei vindicat.* Debitores autem possessori hereditatis quem postea heredem non esse apparuit, si solvant, non sane liberantur: *d. L. invito, C. de solution.* sed hoc periculum condemationem adversus debitores suspendere potest, donec his a possessore cautum sit: actionem ipsam de qua nunc agitur, inhibere non potest. Inhibebit

(3) Cujac. 20. *Obs.* 35. exponit *inter moras*, id est ante litem contestatam, post controversiam motam. Male. Nam hæc verba *inter moras*, in *L.* 23. *de R. V. L.* 60. §. 4. *de rit. nupt.* quas ipse Cujacius profert, significant inter moras judicii accepti. Ac etsi eadem in *L.* 28. *pr. de admin. tut.* tempus inter in jus vocationem et litis contestationem denotent, nil tamen vetat hic generalius accipi *inter moras*, id est donec judicatum fuerit, sive lis contestata sit, sive non: modo bonæ fidei possessor vere manserit.

certe condemnationem, donec desiderantibus debitoribus possessor hereditatis caveat, aut pro personæ qualitate satisdet, se si judicio de hereditate victus fuerit, aut acceptum restituturum, aut adversus petitorem eos defensurum: argumento in *L. ult.* in prin. *Codic. de heredit. pet.*

X. Hæc de possessore hereditatis dicta quæstionem attulerunt de hereditatis petitore, num et huic qui se magis heredem esse confirmat, inter moras judicii de hereditate eadem licere debeant adversus debitores hereditarios et rerum hereditariarum possessores, quæ concedi diximus hereditatis possessori. De quo et Papinianus per hanc occasionem subjicit in *d. L. si bonæ*, *de her. pet.* Et ostendit petitorem hereditatis in his actionibus movendis una in re inferiorem esse possessore: quod si possessor actiones movere velit, præferendus sit petitori: tunc autem solum admittendus petitor, cum possessor (4) negliget. Cæterum possessore negligente, non solum admitti petitorem ad easdem actionem exercendas, sed etiam in his exercendis hoc superiorem esse possessore, quod citra metum exceptionis in rem agere poterit: id quod prius negaverat licere possessori, nisi sub conditione. Exceptionem Papinianus hic tandem illam intelligit, qua removeatur petitor ideo quod dicatur in rem agendo præjudicium facturus hereditati. Hoc dissimiliter in petitore in rem agente, ideo quia, cum possessor hereditatis inter moras petitionis hereditatis in rem agit adversus rerum singularum possessores, et vincit eo judicio se heredem esse, si idem pro eo judicatur in petitione hereditatis, aperte præjudicium fit et nocetur petitori, ejusque petitioni; quod jus vetat. Non idem evenit ex diverso petitore in rem agente. Nam si in eo judicio pro petitore tanquam herede judicatur, etsi pro eo idem judicetur. postea in petitione hereditatis; nullum tamen præjudicium dici potest fieri petitioni hereditatis in persona possessoris, quia possessor hereditatem non petit. Quod si adversus utrumque aliud judicatum sit in judicio de hereditate, quam judicatum erat in privato judicio: palam est, privato judicio præjudicium factum non esse judicio de hereditate, cum in eo judices prius illud judicium secuti non sint. Et ut forte quis putaret, eo modo nihilominus judicio hereditatis præjudicium fieri; tamen id privato judicio agenti nocere non debet, quia aut ex ea re nullum ei damnum esset, aut si esset, non esset æstimandum. Quod regulis juris notis ostenditur: quarum una hæc est, non fraudari eos, qui sciunt et consentiunt, *L. nemo videtur*, *D. de regul. jur.* fraudari, id est fraudem et damnum pati. Altera, quod quis sua culpa damnum sentit, sentire non videri: *L. quod quis ex*, *D. de de regul. jur.* Adjecit Papinianus ad confirmationem superioris sententiæ æquitatem, quam significat illis verbis extremis: *quid enim, si possessor hereditatis negligat? quid si nihil juris habere se sciat?* quasi diceret, hoc casu nemo non videt æquissimum esse petitorem hereditatis ad agendum admitti, ne possessore negligente, si petitori locus non fiat, actiones intercidant.

XI. Sed Papinianus de actione in rem loquitur, quam solam petitori tribuit sine exceptione. Unde intelligimus, si petitor hereditatis velit consistere cum debitoribus hereditariis in personam agendo, non idem probandum esse. Quod tamen ita dictum accipiendum est, non quod non sit petitor in personam agere volens ullo modo audiendus. Non enim minus se heredem esse dicit, nec minus probare potest quam possessor, immo magis: sed quod non sit in hoc genere actionis audiendus alia conditione, quam qua possessorem eodem modo agentem audiendum esse ante dixerat: si, puta, periculum sit ne actiones inter moras

(4) Non placet. Nam *d. L.* 49. indefinite dicit agere posse. Et quam rationem hic Donellus reddit, indistincte locum habet. Nec v. *quid enim si* etc. hoc restringit, sed rationem priorum reddit. Cujus hic sensus; Alioqui, si negamus petitori actionem, eveniet ut si possessor hereditatis negligat, impune res hereditarias alii et citra periculum teneant. Ad hæc additur *d. L.* 49. *Quid si nihil juris habere se sciat.* Quod Donellus præterit. Quæ sive de malæ fidei possessore accipias, sententiam veram continent: is enim actionem ipse non exercet *d. L.* 49 *pr.* arg. a contrario *L.* 31. *§. pen. h. t.* sive cum Cujac. 20. *Obs.* 35. ita interpreteris; si bonæ fidei possessor hereditatis nesciat, se quasi heredem jus habere in ea re. Sed prius istud, etsi displiceat Cujacio, magis placet. Neque enim eo ipso quod bonæ fidei possessor est hereditatis, aliquid juris habet in rebus ab alio possessis, cum an sit heres incertum sit. Enimvero petitorem hereditatis, pendente judicio, cum possidente aliquas res pro herede vel possessore, ratione aliarum rerum, quas singulari titulo alii possident, vindicationem intentare posse sine distinctione probant mihi *L.* 2. et 7. *C. h. t.* Et quia hæ ipsæ res in restitutionem judicii universalis non veniunt, nec de iis possessor petitione hac conventus condemnatur.

intercidant. Cur ergo actionem in rem petitori sine exceptione tribuit adversus rerum possessores, actionem in personam adversus debitores hereditarios non item? Hoc ideo, quia in actione in rem si a petitore hereditatis vincuntur singularum rerum possessores, nulla fit his injuria, etsi in judicio de hereditate idem petitor vincatur, et pronuntietur non esse heres: nam, ut ante dixi, qui judicio victi res restituerunt, quia non possident nec dolo desierunt possidere, non jam amplius in rem actione cuiquam alii tenentur, *d. L. qui petitorio*, L. *a quo servus*, *D. de rei vind.* At non item certum est petitorem hereditatis agere posse in personam cum debitoribus hereditariis, et obtinere sine ipsorum nonnulla injuria. Quid enim, si in judicio de hereditate idem petitor judicetur non esse heres? Eveniet scilicet, ut debitores ei solvendo liberati non fuisse intelligantur. Et quanvis eis cautum sit de pecunia in hunc casum eis restituenda, tamen hoc illis erat commodius ipsos inutili judicio non vexari, et cogi postea alios creditores quærere. Propter metum igitur hujus periculi atque injuriæ non immerito placuit, nisi manifesta utilitas hereditatis actiones exerceri postulet, neque petitorem hereditatis, neque possessorem controversia hereditatis mota audiendos esse, si agere velint in personam cum debitoribus hereditariis.

XII. In hac Papiniani distinctione cætera omnia cum aliis locis consentiunt. Illud non videtur, quod statuit possessorem hereditatis, ne in rem quidem agendo et res singulas petendo, consistere posse cum rerum hereditariarum possessoribus, nisi hac conditione, si periculum sit, ne inter moras actiones intercidant: nempe quia agenti alioqui obstatura sit exceptio, si non hereditati præjudicium fiat. Contrarium scriptum videtur Juliani in *L. si post litem*, *D. de exception.* Verba sunt hæc: *Si post litem de hereditate contestatam res singulæ petantur.* Res singulas sic accipe, hereditarias: et peti a petitore hereditatis, aut ab hereditatis possessore, inter quos est de hereditate controversia, peti autem actione in rem, id est vindicentur: nam id petitionis verbum significat, *L. actio. D. de obligat. et actio. L. pecuniæ*, §. *actionis*, *D. de verbor. significat.* Ut sic petantur adversus earum rerum possessores. Hoc, inquam, si fiat, *placet*, inquit Julianus, *non obstare* petenti *exceptionem, quod præjudicium hereditati non fiat.* Formula est exceptionis in hac re usitatæ, naturaliter significans id, quod verba ostendunt. Est enim hic sensus, quasi reus intentionem actoris exceptione corrigens ita diceret: licet tibi, o actor, res hereditarias pendente lite de hereditate a me vindicare, ut tibi licere intendis, probanti te heredem, ac per hoc dominum esse, sed licet, *quod*, id est, dummodo, seu hactenus dum *præjudicium hereditati non fiat:* hoc enim præjudicium hereditati fieri jus vetat. Atqui hoc præjudicium hereditati futurum est tua ista petitione: quamobrem nec tibi tanquam heredi hoc tempore res singulas hereditarias a me petere conceditur. Sic est usus hujus particulæ *quod* in exceptionibus, ut inter innumeras indicat illa formula loquendi, quæ exstat in extremo edicti ex quibus caussis majores: *item si quæ alia mihi justa esse videbitur, in integrum restituam: quod ejus per leges, plebiscita, senatusconsulta edicta, decreta principum licebit.* L. prima. *in fin. D. ex quib. caus. major.* quod licebit, id est hactenus, seu eo usque, dum, vel quoad facere licebit. Ergo hoc Julianus dicit, mota hereditatis controversia, etiam si solum lis de hereditate contestata sit, posse possessorem hereditatis petere res singulas hereditarias ab earum rerum possessoribus, idque sine metu ullius exceptionis. Negat Papinianus in *d. L. si bonæ*, *D. de her. pet.* Respondeo, nihil caussæ esse cur non hæc responsa hac parte contratria esse putaremus, si quidem id diceret Julianus, quod modo expressi. Sed dicit longe aliud, ex quo est istorum responsorum consensus. Nos loquimur de eo possessore qui res hereditarias petit post litem de hereditate contestatam nondum finitam, cui scilicet præjudicium alio judicio fieri potest, quod præjudicium jus non admittit. Julianus autem in *d. L. si post, de except.* loquitur de eo sive petitore hereditatis sive possesssore, qui res singulas hereditarias petit post litem de hereditate finitam. Si verba prima ejus responsi sequeremur, ut vulgo leguntur, nobis obstarent. Sed quod in primis verbis aut vitiosum est aut ambigue scriptum, id ratio subjecta tam evidenter explicat, ut nihil fieri possit evidentius in eam sententiam, quam modo dixi. Scribit enim Julianus non obstare in specie a se proposita exceptionem illam, Quod præjudicium hereditati non fiat, et addit rationem: *futuri enim judicii, non facti nomine hujusmodi exceptiones comparatæ sunt.* Prætermissa est assumptio et conclusio, quia ex ratione in qua propositio est, facile intelligebatur. Sed si explicatius hæc complecti volumus, omnino perinde valet hæc ratio, quasi ita

dictum esset: Ne quis miretur, si in specie quam proposui, negem superiorem exceptionem obstare. Istiusmodi enim exceptiones quibus prospicitur ne præjudicium hereditati fiat, comparatæ non sunt judicii jam de hereditate facti nomine, sed futuri: idest non sunt proditæ eo ut noceant cum judicium jam de hereditate factum est, sed tunc cum pendet adhuc et futurum est de hereditate judicium. At species a me proponitur de lite hereditatis de qua jam judicium factum est. Res igitur dubitationem non habet quin in proposito non sit locus superiori exceptioni. Etsi hanc vim esse istius rationis per se obscurum non est, ubi remoto genere toto in quo locum non habent istiusmodi exceptiones, removetur species quæ est ex eo genere: tamen fiet certius, si cogitabimus, nisi insit in superiore ratione ista assumptio et ad genus applicatio ea quam dixi, non modo nihil probare eam rationem, sed etiam maxime contra Julianum facere. Quid est autem judicium facere, unde judicium factum? Dictum Latinis judicium facere eodem modo quo judicare. Est autem Latinis judicium facere idem quod judicare; ut apud Terentium: id mihi avus judicium fecit. Sic et judicium facere Latinis atque omnibus probatis auctoribus nihil aliud est (5) quam judicare. Unde illa apud Ciceronem passim occurrent: de quo ex ea re judicium faciendum est; idest, æstimandum et judicandum est, et: gravissimum judicium de mea fide et constantia fecisti; idest gravissime judicasti, *lib. epist. famil.* 11. *epist. ult.* Hinc judicium factum de re aliqua pro eo quod de re aliqua judicatum est: ratio loquendi non minus apud auctores frequens, a quibus ne necesse sit exempla passim obvia conquirere, sic bis judicium factum usurpatur a purissimo scriptore Alfeno in *L. a quo servus, D. de rei vind.* Ergo apud Julianum in *d. L. si post. de exc.* judicium significat id quod in usitata significatione est cum verbum per se ponitur, nempe totam illam concertationem litis quæ a lite contestata incipit et in rem judicatam desinit: sed ex adjuncto mutatur significatio, significatque sententiam judicis qua de re judicatur: ut sit illic judicium factum sententia qua de re controversa judicatum est, et lis finita: judicium autem futurum, quod facto opponitur, sit sententia futura, seu ea qua futurum est ut postea de re judicetur. Ergo hoc dicit Julianus, hujusmodi exceptiones, quod præjudicium hereditati non fiat, propositas esse futuræ sententiæ caussa de hereditate, ne huic sententiæ alio judicio præjudicium fiat, non etiam sententiæ latæ et qua judicium de hereditate jam ante factum est. Ex quo liquido apparet quod dixi, speciem proponi a Juliano in qua velit, petitorem hereditatis aut possessorem res singulas hereditarias petere a possessoribus post litem de hereditate de qua jam judicium factum erat, idest ut diximus, post litem de hereditate finitam. Sed obstant prima illa verba, *si post litem de hereditate contestatam res singulæ petantur.* Contraria sunt lis contestata et lis finita. Nam lis contestata est lis cœpta, cui contrarium est finita. Et obstant hæc verba omnino, si quidem retinemus. Sed cum sententia scriptoris manifesta sit ex ratione subjecta, non debemus dubitare quin locus vitiose scriptus sit, et ita restituendus ut verba speciei propositæ conveniant subjectæ rationi. Quod ita recte fiet, si ita legamus: si post litem de hereditate res singulæ petantur, detracto verbo *contestatam*, tanquam otioso. Nam post litem simpliciter dictum valet, post litem finitam, seu post litem quæ jam nulla est, quia finita est. Nisi malumus pro *contestatam* legere concertatam minima mu-

(5) Et ita *factum judicium* de re judicata accipit Cujac. 9. *Obs.* 27. adductis locis Cic. *pro Quinto.* Liv. *Lib.* 6. *Lib.* 7. *et Lib.* 38. et DD. vulgo, teste Zasio ad *d. L.* 13. *n.* 3. quia per litis contestationem judicium cœptum dicatur, non factum; qui tamen *n.* 9. id improbat sentiens post sententiam non dici *factum* judicium, sed perfectum. Sed aliter hæc accipit Ræv. 1. *de Præjud. C.* 14. Qui cum putet ea exceptione: *Quod præjudicium non fiat*, non hoc agere reum, ut vulgo DD. et Donellus hic, ut impediat ne fiat præjudicium: sed dum conqueritur, *quod non fiat*, in effectu eum postulare *ut fiat præjudicium:* ut scilicet judicium sequens ordinem accipere possit, ut idem *d. Lib. Cap.* 11. Hinc sic interpretatur *d. L.* 14. *Futuri enim* etc. id est ut ex iis fiat judicium, vel ut in futurum aliquod judicium transeant. Veluti: de hereditate contendi: Tota successionis controversia in judicium deducta; video res quasdam ab improbis possessoribus teneri; has vindico: illi heredem me negant, et præjudicium hereditati fieri debere ajunt. Exceptionem non daturus prætor, ut in præjudicium transeat, quia eæ exceptiones non facti judicii nomine comparatæ. Hac autem in specie factum est judicium de hereditate, ita Ræv. Plane ut de possessore potius hereditatis vindicante quam de petitore accipiatur *d. L.* 13. ut hic Donello videtur, nihil est quod vincat. Sed et si judicium universale sententia transactum, non video quæ apta sit dubitandi ratio.

tatione duarum literarum inter se affinium *t* in *c*, et *s* in *r*, ut sit hæc oratio litem quoque finitam exponens, si post litem de hereditate concertatam res singulæ petantur. Sed hoc modo non memini loqui nostros scriptores: quapropter prius illud magis probatur. Et certe valde probabile est, cum scriptum esset a Juliano *si post litem de hereditate*, quosdam, cum putarent orationi aliquid deesse, addidisse contestatam ut explerent orationem: idque fecisse audentius, quod existimarent in ratione Juliani subjecta judicium factum significare judicium cœptum, quod fit per litis contestationem: quemadmodum judicium futurum sæpe dicitur quod nondum per litis contestationem cœptum est, *L. non quemadmodum*, *D. de jud.* Sed quo minus judicium factum illic ita interpretemur, cum usu certo Latine loquentium prohibemur, tum multo magis ratione Juliani; quæ plane falsa est, si neget post judicium de hereditate factum, id est per litis contestationem cœptum, superiores exceptiones opponi posse, ut bene etiam a nonnullis veterum hæc interpretatio notata est, ut Joanne, Petro, Bartolo, ex *L. fundum*, et *L. fundi*, *D. de exc.* Illud nullo modo defendi posse videtur quod plerique veterum apud Accursium attulerunt, recte percipientes illi quidem sententiam Juliani in ratione ab eo subjecta, quos et Bartolus (6) sequitur, eandem quam et nos defendimus, sed non æque feliciter priora verba expedientes. Sic enim illa explicant, si post litem de hereditate contestatam et finitam vel terminatam. Nullo, inquam, modo hæc adjectio defendi potest. Nam si finitam addunt ut interpretentur contestatam, quod verbum præcesserat, proinde faciunt ac si litem cœptam interpretarentur finitam, quod non tam falsum est quam ridiculum. Sin dicunt finitam non ut contestatam interpretentur, sed ut hoc verbum adjiciant, his vitiose faciunt, primum quod adjiciunt id quod non probent Julianum scripsisse, immo adeo id quod præcedentia verba non admittunt: deinde quod manifestum vitium superflui in hanc orationem invehunt; quia si dictum est post litem de hereditate finitam, superfluum est dicere post litem contestatam et finitam; cum si judicio finita est, non possit quin ante sit contestata. Redeo igitur ad responsum superius, exceptionem hujusmodi, quod præjudicium hereditati non fiat, nocere possessori hereditatis res hereditarias singulas vindicanti post litem de hereditate contestatam, nondum finitam: at vindicanti post litem de hereditate finitam, et de qua judicium factum est, nullo modo obstare. Cujus differentiæ ratio si quæritur, non est obscura. Quippe judicio pendenti et sententiæ futuræ de hereditate præjudicium alio judicio de rebus hereditariis instituto natura rei adferri potest. Potest enim in hoc judicio prius id judicari de jure possessoris, quod postea judices de hereditate cognoscentes exemplo moti sequantur. At judicio jam ante facto non potest aliud judicium sequens præjudicium facere: quia in priore illo nihil est amplius quod judices judicent, ut possint in eo alterius judicii sequentis exemplum et præjudicium sequi. Sed nec priori judicio jam facto sequens ullum nocere potest. Judicium enim ante factum et res jam ante judicata suam vim atque auctoritatem obtinet quæ non potest sequenti ullo judicio infringi aut immutari. Atque his nobis exposita et constituta definitio Papiniani ex *L. si bonæ de hered. pet.* de actionibus hereditariis post litem de hereditate motam a possessore hereditatis, item et petitore exercendis.

XIII. Quintum est in administratione patrimonii, et postremum, ut si possessor a creditoribus hereditariis conveniatur, his respondeat. In quo quæritur an, creditoribus agentibus, cogatur possessor aut petitor actiones suscipere. Estque in eo eadem dubitationis caussa, quæ in superiore parte, cum de actionibus a possessore aut petitore exercendis agitur. Ambo quidem se heredes esse contendunt; ut si tanquam heredes conveniantur a creditoribus hereditariis, satis his sua confessione teneantur debitores. Sed, creditoribus ita agentibus, metuitur hic idem quod supra: ne præjudicium fiat hereditati. Et certe quidquid hic statuetur pro creditoribus adversus possessorem hereditatis aut petitorem, quasi sit heres aut non sit, id præjudicium adferre potest petitioni hereditatis, in qua de eadem re judicandum est. Ex quo conventis parata eadem illa exceptio quod præjudicium hereditati non fiat, si modo illud generaliter verum est, in præjudicium judicii futuri de hereditate nihil fieri debere, quod traditur in *d. L. 5. §. ult. D. de her. pet.* Et satis significat Justinianus in *L. ult. in pr. C. eod.* etiam in hac causa nocuisse (7) eandem exceptionem creditori-

(6) Et Cujac. 9. *Obs.* 27. Goth. in *d. L.* 13. Quod et refellit Zas. ad *d. l.* 13. peculiari interpretatione adducta, quam adi.

(7) Illo namque modo eveniebat, quod plerique calumniis extrahebant creditores et legatarios, subornantes qui actionem institue-

bus pendente controversia hereditatis cum possessore aut petitore hereditatis agentibus: certe de eo varias veterum controversias fuisse. Quinimmo etiam in libertatis petitione hujusmodi exceptiones nocuisse petenti ad judicium de libertate sustinendum constat, *L. si quis libertatem*, 7. *D. eod.*

XIV. Emendavit Justinianus in *d. L. ult. C. eod.* et hoc in universum constituit, omnibus quibus quid ex testamento aut ab hereditate debetur, licere etiam pendente lite hereditatis suum persequi tum a possessore, tum a petitore hereditatis qui, si esset vere heres, esset debiturus, neque petentibus ullam moram objici ex eo quod dicatur præjudicium factum iri petitioni hereditatis: præterquam in libertate, cujus præstationem vult usque ad annum differri, si tandiu duret judicium de hereditate. In quo tamen cum non omnium eadem caussa sit quæ petuntur, ut pariter ab utroque tam petitore, quam possessore peti possint, neque etiam videatur rei petitæ præstatio semper contingere posse sine damno ejus qui præstat, nisi præstanti consulatur: ideo Justinianus rerum petitarum genera hic distinguit, et a quibus illæ peti possint, et quam singulæ sine damno cujusquam, declarat.

XV. Est autem hæc distinctio. Alia caussa est legatorum, alia pecuniæ creditoribus debitæ, alia libertatis testamento relictæ. Legatum sibi relictum legatarius recte petit: sed solum a scripto herede qui sibi hereditatem ex testamento defendit. Ab alio ideo frustra petitur, quia sive heres non est, sive est heres, quia id fit testamento prius inutili pronuntiato, ab eo utique libertas deberi non potest. Ab herede autem scripto ideo petitur recte et statim, quia qui se heredem ex testamento esse dicit, idem et testamentum et quæ in eo scripta valere dicit: ut proinde non possit legatum ex eo testamento recusare, quod et valere et a se tanquam herede deberi sua ipsius confessione confirmat. Sed quoniam fieri potest, ut qui tanquam heres jure scriptus præstiterat legatum, in judicio de hereditate inutili testamento pronuntiato judicetur, et ipse non esse heres, eoque nec legatum debuisse; cavet Justinianus, ne is legatario petenti aliter legatum præstare cogatur, quam si is heredi scripto (8) caverit, aut pro conditione personæ, quæ forte suspecta sit, satisdederit se, si ille casus exstiterit, ei acceptum restituturum. In quem casum vult Justinianus non solum acceptum restitui, sed una etiam usuras ex quarta parte centesimæ currentes, ut ipse loquitur; ut veteres, usuras quadrantes: id est in singulos centenos aureos in singulos annos, tres aureos. Nam ejus sortis usura centesima in singulos annos efficit duodecim aureos. Si creditores agent, recte consistent et adversus possessorem hereditatis et adversus petitorem, quoniam ambo se heredes esse profitentur, et uter eorum heres esit, eum (9) creditoribus hereditariis obligatum esse constat. Ideo et condemnati solvere cogentur. Neque id ipsis damnosum erit, quisquis erit judicii de petitione hereditatis exitus. Nam si iidem qui prius solverunt, in judicio de hereditate pronuntientur esse heredes, apparet eos debuisse, eoque et jure solvisse. Sin adversus eos judicetur, sic illis consulitur ut, si quidem possessor qui solvit victus fuerit, non aliter cogatur hereditatem restituere quam si petitor eo nomime ei satisfaciat. Sin petitor solverit et victus erit, ei a possessore officio judicis satisfieri debeat aut, hac condemnatione omissa habeat negotiorum gestorum actionem vel conditionem ex lege, si quis de negotiorum gestorum actione dubitat: nam alio genere actionis certo proposito aliqua lege, huic condictioni locus non est, *L. unic. D. de cond. ex lege.* Si libertas testamento relicta est, sic de ea re jus constituit Justinianus: libertatis directæ eventum, fideicommissariæ petitionem in annum differri jubet numerandum a morte testatoris, si quidem tandiu duraverit hereditatis controversia: nam ea ante finita, res ordine usitato geretur, ut prout pro testamento aut contra testamentum judicatum erit, ita aut effectum habeat libertas, aut evanescat. Anno

rent, ut creditores et delegatari diu suspenderentur. His calumniis Justinianus obviam ire voluit, Sich. ad *L. ult. C. h. t. n.* 4.

(8) Pro qualitate personarum dicitur *d. L. ult.* Et vult Sich. *ibid n.* 6. judicem arbitrari et æstimare num cautione juratoria satis heredi prospectum sit, an fideissoria præstari debeat. In hoc, inquit, arbitrio versabitur maxime qualitas legati. Si res mobilis quæ facile alio transferri potest, et persona suspecta, satisdatio requiritur. Sin immobilis, cæteris paribus, nuda cautio, argum. *Auth. cui relictum C. de ind. vid. coll.* Creditores autem non cavent, quia creditum semper debetur, sive testamentum valeat sive concidat.

(9) Quia cum creditores non habeant caussam ex testamento, etiam a legitimo recte petunt, Sich. ad *d. L. ult. n.* 7.

exacto, necdum lite de hereditate finita, vult directam libertatem exinde statim competere, fideicommissariam statim peti posse, dum ne falsum testamentum esse postea probatum fuerit.

XVI. Quod quidem jus in libertate videri potest a Justiniano perabsurde constitutum. Primum illud, quod si legatum testamento relictum sit, vult petitionem legati statim repræsentari: si de libertate agitur, jubet præstationem et petitionem ejus differri. Hoc vero et præpostere et absurde, ut videtur; cum videatur multo citius libertati idem in hac re, quod legato tribui debuisse: dictante scilicet regula juris, quæ docet libertatem omnibus rebus favorabiliorem esse, *L. libertas omnibus D. de reg. jur.* Sed nihil hic non recte constitutum quanvis præter exemplum reliquorum legatorum. Sane enim libertas omnibus rebus favorabilior; sed hactenus, ut tunc præstetur cum debetur, tum ut præstetur sine injuria cujusquam. Quod in proposito fieri semper non potest, si statim libertas præstatur. Quid enim, si testamentum quo hereditas relicta est, postea nullum esse pronuntietur non ex caussa præteritionis vel exheredationis? Tum quidem ex eo libertatem non deberi nec præstandam esse constat. Nec dicemus nihil nocere eam statim præstari, dum præstetur ea lege ut, testamento rescisso, restituatur: nam hujusmodi præstationem et conventionem libertas non admittit; quæ simulatque data est, non potest amplius (10) revocari. Toto *tit. C. si adver. lib.* Dissimilis caussa legatorum, quæ semel præstita restitui a legatario possunt, ut præstatio sine damno solventis contingat. Sed ex hac re incidit altera pars distinctionis in reprehensionem. Nam si hoc periculum versatur in præstanda libertate, cur libertas post annum pendente adhuc hereditatis controversia statim repræsentatur, ubi periculum idem agitur, ne contra testamentum pronuntietur? Et testatur Justinianus hoc se favori libertatis tribuisse: de qua visum est ita recte constitui, ut neque repræsentaretur statim propter periculum superius, neque rursum propter libertatis favorem, quanvis in eodem periculo longior mora ei afferretur.

XVII. Hoc jure constituto, hinc jam intelligimus multum interesse, mota hereditatis controversia inter petitorem hereditatis at hereditatis possessorem, utrum horum alteruter agat cum debitoribus hereditariis, an vero a creditoribus hereditariis conveniatur. Agere neuter potest cum hereditariis debitoribus, propter metum præjudicii quod futurum est ut hoc judicio hereditati fiat: præterquam si periculum sit, ne alioqui inter moras actiones intercidant, *d. L. si bonæ, de her. pet.* Conveniri autem a creditoribus hereditariis ex superiore constitutione possunt sine metu ullius exceptionis, quasi hinc præjudicium futurum sit hereditati. Optima ratione utrumque, propterea quod iis inter quos hereditatis controversia est agentibus, non est iniquum suam ipsorum controversiam ipsis nocere, et actionem eorum morari: aliis autem agentibus et suum persequentibus eam controversiam nocere, aperte iniquum. Sic est regula juris et æquitas naturæ, ut factum cuique suum nocere possit, adversario non debeat, *L. factum cuique, D. de reg. jur.* Ex eadem æquitate est et illud, neminem alterius conditionem facere posse deteriorem, *L. solvendo, D. de neg. gest. L. non debet alteri, D. de reg. jur.*

XVIII. Hæc de administratione hereditatis dicta sunt: in qua hoc quæri diximus, quid in superioribus administrationis partibus possessori hereditatis, atque hujus exemplo petitori per judicium hereditatis facere liceat, aut non liceat; quid item uterque suscipere cogatur, aut non cogatur. Sequitur indemnitas quam possessor in universa hac administratione sibi præstari postulat. Ea duabus in rebus posita est: in periculo cautionis amovendo, si qua in re possessor nomine hereditatis se obligarit, et in sumptibus sarciendis quos possessor in hereditatem fecerit. Obligat se nomine hereditatis, veluti, si ob ruinosas ædes hereditarias damni infecti vicino caverit. Hoc qui fecit, placet illi hoc periculum sic amoveri, ut heres caveat, si quid possessor ex ea caussa præstiterit, se illum indemnem præstaturum, *L. illud, §. pen. D. de her. pet.* Simili cautione et possessori hereditatis prospici placuit, si is re hereditaria distracta obstrictus sit emptori, *L. item veniunt, §. ait senatus placere*, in fin. *D. eod.* De impensis a possessore factis in universum recte ita definiemus, quidquid possessor hereditatis in rem hereditatis impenderit, dum aut colit tueturque res hereditarias, aut æs alienum dissolvit, aut judicio perquitur pecunias debitas, omnem hanc impensam deducere cum posse de hereditate,

(10) Tarde autem concedendum est quod datum non adimeretur, ut ex Corn. Tac. *Lib.* 13. Cujac. 9. *Obs.* 27.

ut nec prius restituere hereditatem cogatur, quam sit ei eo nomine satisfactum. Id quale sit, intelligetur ex eo jure quod proditum est de impensis a possessore in hereditatem factis deducendis. Cujus juris hæc fere summa est, ut necessarias impensas deducat possessor omnes: utiles item omnes: voluptuarias non deducat, utpote hereditati inutiles. Tantum si quid posuit quod adhuc exstet, fit ei potestas ejus detrahendi, quod quidem sine incommodo rerum hereditariarum facere liceat: hæc de his generibus explicantur pluribus in *L. si a domino*. *§. ult.* et *LL. 3. seqq. D. de her. pet.* Sed in his multa quæruntur explicatu necessaria: multa sunt etiam diversa ab eo jure, quod de his impensis proditum legimus in vindicatione rerum singularum: quæ quia intelligi non possunt nisi cognita utriusque judicii natura, ideo totam hanc tractationem in rei vindicationem differemus.

XIX. Tantum unam speciem hujus impensæ attingam, quæ propria est hujus judicii. Ea est, cum possessor hereditatis in patrimonii administratione solvit creditoribus, sive qui hereditarii erant re vera, sive qui putabantur: quæriturque an solutum possit reputare heredi, et deducere. Idque eo attingendum est hoc loco diligentius, quod de ea re in hoc argumento varie scriptum videtur: sed et exstant de ea quæstione obscure scripti loci nonnulli, ut *L. si quid possessor*, *D. de her. pet. L. de hereditate*, *C. eod.* quorum utrumque in primis interpretationem desiderat. De eo sic habendum est. Cum quæritur an possessor hereditatis possit deducere quod solvit creditoribus hereditariis, aut tanquam creditoribus, quæstio in eo est, utrum utilem hereditati in eo impensam fecerit necne. Si utiliter impendit, deducet ut reliquas impensas utiles: si non utiliter, non deducet ut nec reliquas inutiles impensas, *L. plane*, et *L. seq. D. de her. pet.* Sic porro utiliter et in rem hereditatis solvit, si ea solutione hereditatem, et per hanc verum heredem liberat. Isto enim modo in hereditatem et heredem confert liberationem, rem aperte utilem debitori: quamobrem et tum quod solvit, detrahet. Quod si solutio omnino heredem non liberat, tum vero impensa hereditati est inutilis: eoque nihil hic deducet. Ita jam quæstio summa et veluti status huc redit ut quæratur an possessor solvendo debitorem liberet: postquam si liberat, deductio est; si non liberat, nulla est deductio. De quo ex hac distinctione statuendum est. Quod solvit possessor iis, quibus putavit deberi, aut indebitum fuit, aut debitum.

XX. Si indebitum, etiamsi per errorem solverit, quod accidit bonæ fidei possessoribus, non imputabit, non deducet, *L. item veniunt*, *§. ait senatus placere*, *in fi. D. de her. pet.* Merito: est enim hæc impensa hereditati, nisi liberetur, inutilis: non liberatur autem, neque adeo potest liberari, quæ nihil debuit. Verumtamen hoc ita temperandum esse visum est in bonæ fidei possessore, eodemque scripto herede, nisi ei justus error natus sit ex testamento ipso, quo fideicommissum ab eo relictum erat, ut testamentum valere existimans, jure quoque se præstandi necessitate teneri putaret. Finge aliquem institutum esse testamento quod omni ex parte justum putabatur, dum scilicet ignoratur aliud testamentum posterius factum, aut falsum esse testamentum alio falsi auctore. Rogatum heredem, ut centum daret Titio. Si dederit hic bonæ fidei possessor, deinde appareat postea eum heredem non esse, testamento rupto aut falso pronuntiato; in hac specie ita placuit, ipsum primo pecuniam repetere debere a Titio, cui indebitam solvit: si consequitur, ei satisfactum esse. Sin Titius aut fugit, aut solvendo non est, æquitatis ratione in tam justo errore subveniendum esse possessori, ut cessis actionibus suis adversus Titium, possit deducere de hereditate quod solvit: sententia est *L. quod si possessor*, *D. de her. pet.*

XXI. Quod si possessor solvit creditoribus hereditariis quibus vere debitum fuit; etiam hic refert, utrum nomine hereditario solverit, an suo. Utrum factum sit, verba solventis indicabunt. Nomine hereditario seu heredis solvere intelligitur, qui solvit his verbis: En tibi pecunia debita ab illa hereditate: vel, en tibi pecunia, quam Titius defunctus, aut quam heres defuncti Titii tibi debuit. Suo nomine his verbis: heres sum Lucii Titii: en tibi quod ex ea caussa tibi debeo; quo modo possessores hereditatis bonæ fidei solvere solent, dum se falso heredes esse existimant. Qui nomine hereditario, seu quod ab herede debetur, solvit, is heredem liberat, sive ipse sit heres, sive alius. Unusquisque enim pro alio solvere potest, et quidem ita, ut eum non solum ignorantem, sed etiam invitum liberet, *L. solutione*, *L. solvere*, *D. de sol.* Et quod liberat, indicat eum solvisse debitum: quæ res facit, ut nec habeat condictionem indebiti, qua solutum a creditoribus repetat: non est enim condictio soluti, nisi indebiti.

Utilis ergo hæc impensa, quæ sine metu ullius revocationi heredem debitorem liberat; proinde impensa ejusmodi, quam possessor in restitutione hereditatis jure detrahat. Hæc sententia est *L. de hereditate*, *C. de pet. her.* de quo scripsi quidem jam ante sub titulo de condictione indebiti. Sed nihil vetabit ob difficultatem loci, et quia res pertinet ad explicationem *L. si quid possessor*, *D. hoc titulo*, de eo etiam nunc nonnihil attingere. Ergo detractionem soluti illic quidem rescriptum possessori tribuit, negatque id solutum repeti posse a creditoribus quibus solutum est.

XXII. Sed an id de eo responsum sit, qui hereditario seu heredis nomine solvit, ambigi potest. Quinimmo verba ipsa prima fronte videntur refragari. Verba adeo ita sunt: ***De hereditate quam bona fide possidebas, si contra te pronuntiatum est, in restitutione ejus detrahetur quod creditoribus ejusdem hereditatis exsolvisse te bona fide probaveris: nam repeti a creditoribus qui suum receperunt, non potest.*** Agitur ergo illic de bonæ fidei possessore, eodemque qui bona fide solvit creditoribus hereditariis: cujus persona facit ut, quia falsó se heredem esse existimat, ideo videatur solvisse potius suo nomine: proinde nec liberare heredem, sed habere condictionem indebiti soluti. Et vero in isto possessore solvente hæc omnia diserte responsa sunt in *L. si pœnæ*, §. 1. *D. de condict. indeb.* Sed nihilominus hoc tenendum est, sic esse speciem *d. L. de hereditate*, ut intelligatur proponi is possessor qui nomine hereditario seu heredis solverit. Mitto, quod dicitur possessor exsolvisse creditoribus hereditariis: quod quidem nemo proprie facere dicitur, nisi qui solvit tanquam creditoribus, id est nomine hereditario, seu quia his ab hereditate debetur. Qui enim suo nomine solvit, magis dicendus est creditori suo solvere. Sed hoc fortasse incertius. Id potius indicat ratio illic subjecta. *Nam a creditoribus*, ait Antoninus, *qui suum receperunt*, *repeti non potest.* Quasi diceret: recte dixi detrahere te posse de hereditate quod creditoribus ejusdem hereditatis bona fide solvisti, non autem posse repetere a creditoribus quibus solvisti: nam ab iis qui suum receperunt, repeti non potest. Loquitur ergo de iis creditoribus qui suum receperunt: idest sibi debitum. Non enim solvitur, nisi quod debetur, *Inst. quib. mod. tol. obl.* in princ. nec creditores sunt qui suum vindicant, sed quibus debetur, *L. creditores*, *D. de verb. signific.* Et quod pluribus ostendi sub illo titulo de condictione indebiti, tum demum proprie dicitur creditor sibi debitum recipere, cum ab utraque parte et accipientis, et ejus cujus nomine solvitur, debetur id quod solvitur, id est, ita debeatur, et ut debeatur ei cui solvitur, et debeatur ab eo qui solvit, aut eo, cujus nomine solvitur, *L. in summa*, §. *ult. D. de cond. ind.* Quare si possessore hereditatis solvente recte dicuntur creditores suum recepisse, necesse est intelligi possessorem, quia non debuit, solvisse nomine heredis a quo debebatur. Sane interdum dicitur creditor sibi debitum recipere, etiam tum cum is qui solvit, neque debet ipse, neque pro debitore solvit, sed quasi deberet ipse, solvit suo nomine per errorem: ut in *L. si pœnæ*, §. 1. *D. de cond. ind.* Sed hoc improprie, et tunc cum apparet scriptorem id sensisse: quomodo accipi non debet nec potest in *d. L. de hereditate.*

XXIII. Quæret aliquis, quomodo fieri possit, ut bonæ fidei possessor qui illic proponitur, solvere possit nomine hereditario, non suo; cum se heredem esse existimet. Et certe quandiu nullam caussam habet cur non se existimet esse heredem, vix est ut possit alio nomine solvere quam suo. Sed potest id facere, cum cœperit (11) dubitare de suo jure, lite forte cum eo contestata, vel controversia ei mota de hereditate. Tum enim sibi prospicere solet ne temere solvat, sed ita ut nomine debitoris proinde heredis, quisquis is esse postea comperitur, sive ipse sive petitor hereditatis. Hoc modo qui solvit possessor, etiam si sit malæ fidei, imputabit heredi et deducet de hereditate quod solvit. Sic enim solvendo, quisquis is est possessor, heredem, pro quo solvit, liberat, *d. L. solutione*, *L. solvere*, *de solut.* Quo facto, non minus hæc impensa heredi est utilis. Impensas autem utiles non minus deducit malæ fidei possessor, *L. plane*, *D. de hered. pet.* Non id negat Antoninus in *L. de hereditate*, cum bonæ fidei possessori deductionem soluti ita tribuit, si creditoribus hereditariis bona fide exsolverit. Sane enim possessor malæ fidei, etiam tunc cum solvit nomine hereditario ut heredem liberet, nihilominus hereditatem mala fide possidet: sed quod isto animo solvit, solvit bona fide. Nihil enim potest videri non bona fide gestum, quod ex præscripto naturalis et ci-

(11) Recte vid. *supra Lib.* 5. *Cap.* 17. *N.* 1.

vilis rationis gestum sit. Tale est autem omne, in quo alterius conditionem meliorem facias; facis autem, ubi liberes, *L. solvendo, D. de neg. gest. L. solvere, de solut.*

XXIV. Quod si possessor hereditatis solvit creditoribus hereditariis suo nomine, dum scilicet errore deceptus penitus se heredem esse existimat, aut dum prædo qui constituit quovis prætextu se gerere pro herede, nominatim dicat se tanquam heredem suo nomine solvere, tum neque debitorem, eumdemque heredem liberat, et conditionem habet qua solutum a creditoribus repetat: hoc Ulpianus in *d. L. si quid possessor, de hered. pet.* et recte. Primum hic non liberat heredem atque adeo neminem liberat. Non se, quia non debuit: non heredem, quia noluit. Unde dictum, posse quidem unumquemque liberare debitorem solvendo; sed ita, si pro eo solvat. *d. L. solvere, de solut.* Quod si possessor hac solutione debitorem non liberat, argumentum est indebitum solutum fuisse; cum solutione ejus quod debetur idest debiti, tollatur omnis obligatio. *Inst. quib. mod. tol. oblig* in princip. Cui jam illud consequens est, ut sit ei qui solvit ejus indebiti soluti condictio adversus creditores, *L.* 1. et deinceps. *C. de cond. inde.* si tamen bonæ fidei possessor fuit, qui solvit, de quo et Ulpianus loquitur in *d. L. si quid possessor, de hered. petit.* Nam malæ fidei possessor, nec si suo nomine non a se debitum solvat, condictionem habet. Sciens enim indebitum solvit: quod qui facit, solutum quamvis indebitum repetere non potest, *L. indebitum C. de condict. ind.* Est et hæc sententia ex professo et definite tradita a Pomponio in *L. si pœnæ*, §. 1. *D. de cond. ind.* idque sub eadem persona possessoris bonæ fidei, qui falso existimans se heredem esse solvit creditoribus hereditariis: *hic*, inquit Pomponius, *neque verus heres liberatus erit; et is quod dedit, repetere poterit.* Quippe is solvit suo nomine quod non debebat: idque ex eo facile intelligitur quod proponitur solvisse, dum falso errore sibi persuadet se heredem esse, eoque et se debitorem, non alium. Ne nos moveat quod initio Pomponius definitionem rei concepit, ut eam referret ad eum creditorem qui sibi debitum recepit: quibus verbis supra diximus significari creditorem cum, cui alit debitor ipse solvit, aut alius nomine debitoris. Proprie enim is creditor significatur solus: cum debitum, nisi ex utriusque debitoris et creditoris conjuncta persona non constituator, *d. L. in summa*, §. *ult. de cond. ind.* Atque hac significatione creditorem suum recepisse accipere debemus, cum in *d. L. de hereditate*, *C. de pet. herede.* tum in *L. repetitio*, ubi eadem definitio exstat, *D. de cond ind.* Hæc enim regula interpretationis tenenda est, nunquam aliter a significatione propria verborum recedendum esse, nisi cum manifestum est aliud sensisse scriptorem, *L. non aliter, D de leg.* 3. *L.* 1. §. *licet, vers. in re igitur, D. de exer. act.* Nihil autem proponitur in superioribus locis duobus, unde intelligatur superiora verba aliter quam proprie accipi debere. At interdum minus proprie dicitur creditor sibi debitum recipere, cum creditori quidem debetur, sed solvitur ab eo qui, cum non deberet, solvit suo nomine, non nomine debitoris. Hunc vero creditorem Pomponius intelligit: quod cum manifestum sit eum sentire, etiam eadem regula interpretationis docemur, id accipi oportere, *d. L. non aliter, de lega.* 3. Definitio *ejus hæc est: quamvis debitum sibi quis recipiat, tamen si is qui dat non debitum dat, repetitio competit.* Ait, *si is qui dat, non debitum dat.* Non dicit non debitum a se, ut prius dixerat, si quis recipiat debitum sibi. Ergo cum dicit generaliter, qui neque debitum a se dat, neque debitum ab alio, cujus nomine solvat. Id magis confirmat exemplo subjecto de bonæ fidei possessore qui falso existimans se heredem esse, solvit. Si nihil aliud de hujus animo proponatur, non potest possessor in hoc errore videri aliter solvere, quam suo nomine; qui ut se solum heredem esse, ita et solum se debitorem esse existimat. Nec quisquam hic mihi dicat, istum bonæ fidei possessorem solvere quidem suo nomine, sed hac conditione, si sit heres. Recte enim hic respondebimus, quod Celsus in re non dissimili in *L. quod meo*, §. 1. *D. de acq. poss.* ridiculum est dicere bonæ fidei possessorem non aliter velle solvere suo nomine, quam si heres sit. Immo vult solum suo nomine solvere, quia existimat se hoc nomine solum facere, dum se solum debitorem putat.

XXV. Hæc cum ita sint in eo possessore hereditatis qui solvit suo nomine, non liberari scilicet hac solutione heredem et solutum creditoribus condici posse, quid aliud consequens esse videbatur, quam possessorem hunc non posse id solutum reputare heredi tanquam impensam hereditati et heredi inutilem? Reputare tamen eum posse Ulpianus scribit, sive is bonæ fidei possessor sit, sive malæ fidei, *L. si quid possessor, de her. pet.* Qui igitur hæc cohærent,

cum dixerimus, et verum sit, inutilem impensam deduci non posse, *L. plane* et *L. seq. de her. pet.* esse autem inutilem eam, cum possessor solvit creditoribus et debitorem non liberat? Hoc ibidem expedit Ulpianus. Sane enim inutilis est impensa, nec deducitur ea quæ heredem non liberat. Sed cum possessor solutum imputat heredi volens id manere penes creditores eo animo, ut cedat heredi ad liberationem; tum heres liberatur, non quidem ipso jure, sed per exceptionem. Ipso jure liberari eum negat Ulpianus in principio responsi, tunc cum possessor suo nomine solvit. Liberari autem per exceptionem etiam hoc casu, indicat postea illic, *Sed et petitor*, inquit, *si a creditoribus conveniatur, exceptione uti debebit*: nempe ea quam illi superior solutio attulit. Quando autem hæc exceptio est petitori hereditatis, eidemque heredi? Tunc, inquam, cum solutum manet penes creditores, possessore id solutum non repetente, sed volente id in debitum hereditarium cedere. Quæ hic exceptio? Doli mali. Unde? Ex eo quod, si creditores dum pecuniam nomine debiti quod hereditarium erat, solutam apud se habent, eandem adhuc repetunt a vero herede, bis idem exigunt. Hoc autem contra bonam fidem, *L. bona fides, D. de regul. jur.* Quidquid autem contra bonam fidem est, idem fit et dolo malo: quandoquidem fides bona contraria est fraudi et dolo, *L. 3. ult. D. pro soc.*

XXVI. Illud notandum in hac solutione, liberato ad istum modum per exceptionem herede, non solum possessorem bonæ fidei posse id solutum reputare heredi, sed et malæ fidei possessorem. Hoc enim Ulpianus utrique generi possessorum tribuit in *d. L. si quid possessor.* Solum hoc interesse vult in hac re inter utrumque, quod bonæ fidei possessor reputare a se solutum potest, etsi non caveat se petitorem adversus creditores iterum petitores defensurum: tantum ut condictionem quam adversus eos habet, petitori cedat: possessor autem malæ fidei ita id imputat, si superius illud caverit. Non exigitur superior cautio a bonæ fidei possessore, *quia*, inquit, *in eo quod is solvit, non videtur esse locupletior:* scimus autem bonæ fidei possessorem ultra quam locupletior ex hereditate factus est, non teneri. Quæ ratio tunc recte usurpatur, cum possessor solvit de pecunia hereditaria: nam tum cum illi tantum de hereditate absit, vere dicitur eum ad eam summam ex hereditate locupletiorem non esse. Sed non minus et tunc locum habet, cum idem solvit de suo: nam tandundem ex hereditate possidens. recte dicturus est se id tanquam eo locupletiorem restituere non debere: quia non videatur habere is, cui tantundem abest, arg. *L. Labeo et Sabinus, D. de ver. sign.* Condictionem autem bonæ fidei possessor ideo petitori cedere debet, quia eam habet, et ex caussa hereditaria nactus est. Usus autem condictionis cessæ hic futurus est, ut magis confirmetur heredi adversus creditores exceptio: quoniam qui actionem habet, ei multo magis ejusdem rei nomine exceptionem competere quis dixerit, ut est regula juris, *L. invitus, §. 1, D. de reg. jur* Quod ad malæ fidei possessorem attinet, eadem reputatione utentem, non exigimus ut condictionem indebiti cedat petitori, quia, ut supra dixi, hanc nullam habet qui sciens indebitum solvit. Illud quæri solet, cur vel hoc exigatur ab eo, ut caveat petitori se eum adversus creditores defensurum. Nam petitorem exceptionem adversus creditores habere concedimus. Hac exceptionem totus aliam defensionem non desiderat. Inutilis igitur, ut videtur, alia de eo defendendo cautio: neque porro æquum est supervacua cautione quemquam onerari. *L. hæc stipulatio, §. 1. D. ut leg. seu fid. no. ca.* Et si quidem de pecunia a possessore soluta nec repetita, deque ea a possessore heredi imputata constaret, certa esset petitori exceptio parata adversus creditores, neque tum necessaria esset illi ad defensionem sui alia cautio. Sed possunt creditores agere injuria, et pecunia sibi non solutam, aut solutam ex alia caussa, aut etiam a se repetitam dicere. Quod si fit, non officiet exceptio petitori parta, quominus cum creditoribus judicium suscipere, judicii molestiam et sumptus in exceptione probanda sustinere cogatur. Adversus hanc molestiam atque hoc periculum probationis valeat cautio superior, qua fit ut possessor hanc omnem molestiam et sumptus in se suscipiat: nisi suscipit, et aliquid ex ea re damni est petitori, stipulatio in id quod interest petitoris committatur, *L. si pœnam, L. si quis stipulatus, 112. D. de verb. oblig.*

## CAP. XVI.

### Si pars hereditatis petatur.

*Pars hereditatis in petitione distinguitur a petitione totius; ideo et utriusque distincta tractatio.* I.

*Qui ex parte heres est, partem hereditatis cogitur petere: quando hoc jure et ille utatur qui totam ad se pertinere contendit* II.

*Ab eo qui totam possidet, licet et partem petere hereditatis; qui invicem possident, possunt et invicem petere.* III.

*Pars hereditatis petenda a singulis possessoribus etiam coheredibus.* IV,

*Præterquam si coheres eum extraneo possideat; et quare.* V.

*Item ac extraneo, eodemque tertio possessore coheres uterque reliquum hereditatis petet.* VI.

*Exceptio.* VII.

*Heres pro parte petere potest quæsitam partem dumtaxat, non autem speratam.* VIII.

*Hanc vero etsi incertam ex natura rerum: Cujusmodi exempla duo,* IX.

*Ita tamen ut eadem certa fiat ex interpretatione juris. Hoc quid sit.* X.

*Restitutionem partis peti posse, et juberi pro indiviso a judice.* XI.

*Edictum*: si pars hereditatis petatur *qui fuerit a prætore conceptum.* XII.

I. Quæ de petitione hereditatis hactenus diximus, quia de genere toto dicta sunt, ad omnem hereditatis petitionem pertinent, sive quis totam hereditatem petat, solum se heredem esse contendens, sive petat partem quam ad se pertinere intendat. Utrum enim horum petatur, semper utrobique petitur hereditas. Ideo una quoque utrobique hereditatis petitio est, quæ iisdem legibus intenditur, eidem competens, adversus eosdem possessores, de iisdem rebus hereditariis pro parte, tum ut pro modo ejus partis res restituantur, *L. licet, D. de her. pet.* Sed non ut ea quæ hic diximus in utraque specie pariter valent pro portione, ita pariter valent sola. Si quis totam hereditatem petit, non solum eam petitionem illa informant, sed etiam ad eam rem sola sufficiunt. Si partem hereditatis, non item. Incidunt enim in hanc petitionem partis pleraque in singulis prope petitionis partibus, quæ petitionem dubiam faciunt. De quibus ut jus distinctum est, ita et separatim proponi ac tractari oportuit. Quod et factum est olim a Prætore in edicto, et inde huic parti edicti proprius titulus attributus in Pandectis hac inscriptione; *Si pars hereditatis petatur. Post actionem*, inquit Ulpianus, *quam proposuit prætor ei qui ad se solum hereditatem pertinere contendit, consequens fuit et ei proponere, qui partem hereditatis petit:* hoc in *L.* 1. in princ. *hoc tit.* Proposita est ergo hereditatis petitio edicto prætoris? Apparet. Atqui petitio hereditatis est civilis actio, non prætoria, *L.* 1. *D. de possess. her. petit.* actio nata ex legitimis et civilibus caussis: quæ civilium actionum descriptio est apud Justinianum in §. *sed istæ*, *Instit. de action.* Habet enim hanc caussam, quod qui agit heres est, et hereditatem suam esse intendit aut totam, aut pro parte, *d. L. licet*. *de her. pet.* Heredes autem prætor non facit, sed jus civile, §. *quos autem*, *Inst. de bon. posses.* Sed non solæ prætoriæ propositæ sunt edicto prætoris. Propositæ fuerunt et civiles: vero dissimiliter. Illæ edicto actionem primum inducente: hæ edicto de actione quæ jure ipso esset, cives publice commonefaciente, ne quid illi de jure suo ignorarent: quod genus edicta inde a veteribus monitoria sunt appellata: ex quo librorum sex Callistrati inscriptio, edictorum monitoriorum, ut legimus in indice auctorum juris, qui præpositus est Pandectis Florentinis, Sic enim jus fuit prætorium, et scopus in edictis publice in albo proponendis, ut his propositis scirent cives quod jus quisque de re quaque dicturus esset, seque præmunirent, ut testis est Pomponius in *L.* 2. §. *eodem tempore*, *D. de orig. jur.* Quam ad rem necesse fuit de omnibus actionibus quisque experiri vellet edicta proponi: proinde et in his de civilibus: quod et factum est: et inter innumeras exemplo est (1) actio commodati: quæ

(1) Ita Donellus noster *ad* §. 3. *I. de act. n.* 14. Edictis pollicendo actionem prætor non constituit quæ legis auctoritate absque eo valeret. Sed ut sit prætoria, ex jurisdictione Prætoris introduci oportet *d.* §. 3. Quin et omnes actiones civiles antequam instituerentur impetrare a Prætore necesse erat, Oldend. *Progym. Cl.* 5. *Act.* 5. *n.* 1. Et vindica-

eum sit civilis, *L. in commodato*, §. *sicut*, *D. com.* proposita tamen fuit edicto monitorio a præture. Extatque id edictum in *L.* 1. *D. eod*. Proposuit autem prætor, inquit Ulpianus, actionem ei qui partem hereditatis petit, post actionem quam proposuit ei qui ad se solum hereditatem pertinere contendit Quid ergo duæ sunt istæ et diversæ actiones de tota hereditate et de parte, ut eas distincte et separatim proponi oporteret? Sane: neque enim aliter una post alteram diceretur proponi, nisi essent duæ, et distinctæ. Atqui et de tota hereditate et de parte vindicanda una est, ut dixi, petitio hereditatis. *d. L. licet, de hered. pet.* Et ita res habet; genere et substantia rei una est et eadem de utraque re hereditatis petitio: quia utrobique petitur hereditas, et ea nostra. Circumstantiis distant hæ petitiones, quas circumstantias secum ducit petitio partis. Atque hinc istas velut species distinguendi caussa. Quodni ita esset, cum satis dictum esset de tota hereditate vindicanda, supervacua esset omnis de parte tractatio. Vere enim dictum est a Cajo, quæ de tota re vindicanda dicta sunt, eadem et de parte intelligenda esse: officioque judicis contineri pro modo partis ea quoque restitui jubere, quæ simul cum ipsa parte restitui debent, *L. quæ de tota*, *D. de rei vind.* Quod nos et de partis hereditatis petitione confirmamus. Sed ita dicimus in hac parte intelligenda esse eadem, ut in ea amplius spectanda sint et alia; de quibus solis nunc tractatio instituitur propria illius Tituli *D. si pars hered. petat.* cujus nunc sententiam parum per se expeditam breviter exsequar, et quod reliquum est in universo genere petitionis hereditatis pertexam.

II. Exsistunt igitur in parte hereditatis petenda propriæ quædam dubitationes, et hæ propemodum in singulis partibus hujus petitionis; id est et de petitore ipso partis, et de possessore cum quo agitur, et de re ac parte petita: tum et etiam de fine et effectu hujus petitionis. De petitore hoc quidem certum jus est, unumquemque qui partem hereditatis ad se pertinere dicit, eam partem petere posse, *L. licet, de her. pet. L.* 1. in prin. §. 1. *hoc. tit.* Etiam illud certum, cogi hunc solum partem petere, ad quem tota hereditas non pertinet. Sed an solus hic cogitur, ac non etiam aliquando is qui totam hereditatem ad se pertinere contendit? Et est interdum, cum etiam huic ipsi necessitas affertur partis tantum petendæ. Id fit cum, petitore totam hereditatem vindicante, possessor agnoscit eum pro parte esse heredem, et se paratum esse ait ea parte illi cedere, alteram autem partem dicit ad se pertinere quam et sibi judicio defendere paratus est. Quod enim dicitur in *L. permittendum*, *D. hoc tit.* permittendum possessori in hac specie hoc modo parte cedere et de reliqua solum contendere, plane hoc significat non cogi possessorem hoc casu aut in totum cedere hereditate aut in totum de ea judicium suscipere; sed solum cogi de ea parte litigare de qua controversiam facit: ut proinde hujus solius partis petitio petitori relinquatur, qui cogitur alterius partis cessionem admittere: quæ sententia generalis est pertinens ad omnem controversiam in qua reus totius nomine conventus de parte confitetur, et hanc paratus est acturi cedere; tradita ab eodem auctore Juliano addita ratione in *L. quidam*, *D. si cert. pet.*

III. De possessore rerum hereditariarum cum quo de parte hereditatis agitur, hoc quidem ante omnia constituendum est, non alium ne hic quidem teneri ista petitione, quam qui pro herede prove possessore possidet, ut declaratur exemplo *L. ult hoc tit.* In quo loco obiter notandum est, illic Nam etsi negotiorum gestorum, pro *nam etsi*, legendum esse, *tametsi*; et locum sic esse interpretandum: tametsi negotiorum gestorum actio sit ei cujus nomine perceptum est, ei (per appositionem, seu ei, inquam) cujus nomine restitui æquum est. Sed hoc quæritur an quisquis hoc titulo possidet res hereditarias, possit ab eo pars hereditatis peti. In quo hæ sunt dubitationes. Aut enim unus est possessor, aut plures. Propone unum possessorem. Quid, si is totam hereditatem possidebit pro herede? Licebitne etiam ab hoc partem hereditatis petere, ut fiat ei hujus solius partis controversia? Placet licere, nec quid possessor hic possideat aut quantum spectandum esse, sed quid (2) petitor juris habeat; facultatem agendi ex hujus ju-

tionem Prætor polliceri dicitur *L.* 75. *de R. V.* quæ non ideo prætoria, Wesemb. *in Par. h. n.* 5. Exempla alia pete ex *L.* 1. *princ.* juncto §. 3. *si quadr. paup. L.* 2. §. 1. junct. *L.* 29. *in fine princ. ad S. C. Vellej.* Fortun. Garcia *in L.* 7. §. *et ideo* (*est vers.* §. 2.) *de pact. n.* 54 add. Gilh. Reg. 1. *Enunt.* 2. confer Cujac. 25. *Obser.* 16.

(2) Quare heres pro parte, etsi hereditas magni, res autem possessa parvi pretii sit, non consequitur nisi partem illius rei eam pro qua heres est per *d.* §. 1. *et L.* 10. §. 1. *de pet. her.* Gomez. *in L. Tauri.* 45. *n.* 155. Oldend. *Progym. Act. Cl.* 5 *Act.* 5. *n.* 6.

re metiendam esse, non ex persona possessoris qui juri petitoris nihil potest derogare. Eo fieri, ut qui in totum heres est, recte totam hereditatem vindicet, id est suam esse intendat adversus eum qui minimam etiam rem ex hereditate possideat: et contra qui ex parte sit heres, recte partem petat etiam ab eo qui totam hereditatem possidet: hoc in *L.* 1. §. 1. *hoc. tit.* Quid, si possessor idem sit et petitor? Ut puta, ego et tu dimidiam partem hereditatis nobis asserimus, sed ita, ut ego te in totum heredem esse negem, tu contra et te pro dimidia heredem esse dicas, et me in totum esse neges. Itaque cum ego fundum Cornelianum hereditarium possiderem, tu partem hereditatis a me petis ut consequaris ejus fundi partem. Et tu cum Sempronianum possideres, invicem a te hereditatis partem peto, ut ejus fundi partem consequar: ambo id agentes, ut quæ possidemus, alter ab altero retineamus. Quæritur an ita invicem agere possimus, nec quidquam agentibus obstet, quod invicem petitores sumus. Placet nihil obstare quominus ita invicem petamus: hoc in *L.* 1. §. *quinimmo*, vers. *etsi possessor*, *hoc titu.* Non enim eo minus singuli possessores sumus, etsi ambo invicem petimus. Denique adjicitur ibidem, si negantibus nobis invicem nos esse heredes, partem rerum hereditariarum alter ab altero consequi volumus, ita agere debere ut invicem hereditatem petamus, nec posse aliter. Nam familiæ erciscundæ judicio id nos consequi non posse: cui solum locus est inter eos qui controversiam non faciunt hereditatis.

IV. Quod si plures sint, puta duo, qui hereditatem possident, hic exsistit illa dubitatio, an quemadmodum ego partem hereditatis solum meam esse dico, ita ab uno ex possessoribus utrum velim, quia et ipse partem hereditatis possidet, totam partem meam petere possim, an vero ab utroque petere debeam. De eo sic Ulpianus in *d. L.* 1. § quinimmo, *si duo possideant*, inquit *hereditatem, et duo sint qui ad se partes pertinere dicant, non singuli a singulis petere contenti esse debent, puta primus a primo, secundus a secundo: sed ambo a primo, et ambo a secundo: neque enim alter primi, alter secundi partem possidet, sed ambo utriusque.* Hoc ille et recte. Nam si illi possessores res hereditarias corporibus divisas possident, habent singuli petitores in iis rebus omnibus partem, quam ideo necesse est vindicari a singulis. Sin possessores possident res pro indiviso; tamen non magis unus dici potest partem unius petitoris possidere, quam alterius: ut dicendum sit singulos pariter possidere tam hujus quam illius partem. Ita fit omnino, ut singuli petitores adversus ambos possessores agere debeant, sive hi pro diviso possideant res hereditarias, sive pro indiviso. Eamdem sententiam habet, si attendimus, *L. penul. hoc titu.* Nihil hic interest, qui plures partem meam possident, utrum heredes non sint omnino, an vero mei coheredes: ut in specie *L. sorori*, *hic.* Matri defunctæ sunt quatuor filii, et filia una: fratres totam hereditatem possidebant. Placet sororem ab omnibus fratribus quintam partem petere debere, ita ut singuli in quarta quam antehac habere credebantur, quintam suæ portionis ei conferant: quæ quintæ in unum collatæ efficient quintam partem hereditatis, ex qua soror cum fratribus matri heres fuit.

V. Sic tamen heres qui partem petit, hanc petere debet ab omnibus hereditatis possessoribus, nisi duo sint heredes ex quibus unus possideat hereditatem cum extraneo. Ut puta, ego et Titius heredes sumus ex æquis partibus: hereditatem possident Titius coheres meus, et item extraneus qui heres non est. Ut est regula superior, ratio (3) summi juris efficit ut ego partem hereditatis petere debeam tam a coherede meo quam ab extraneo; sic deinde coheres, parte dimidia partis suæ mihi restituta, dirigat ipse quoque actionem adversus extraneum possessorem: a quo alteram partem dimidiæ ejus quam is possidebat consecutus, impleat et ipse dimidiam hereditatis quam jure suo obtinere debet. Sed utilitatis caussa placuit a solo extraneo me petere debere, eumque restituturum quidquid possidet, *L.* 1. §. *si ego*, *hoc tit.* nempe molesti tam mihi, quam coheredi et simul utrique inutilis circuitus vitandi caussa. Nam si ab utroque peto, distrahitur mea actio in plures personas, quarum tamen a singulis cum dimidium dimidiæ partis consecutus fuero, nihil consequar amplius quam dimidiam hereditatis eamdem quam consequar ab extraneo. Quid opus est igitur adversus ambos agendo mihi molestiam non necessariam creari? Sed et hoc modo non minus consulitur coheredi Titio, adversus quem si ago, duplici molestia afficitur, et

(3) Ratio in *d.* §. 3. quia utilitati opponitur, summum, merum et rigidum jus significant, sicuti et alibi *L.* 3 §. *ult. de in rem verso et simil.* de quo belle Frid. Hortleder *de Concursu act. realis meræ et pœnalis mixtæ Cap.* 7.

quod judicium de dimidia partis suæ mecum suscipere cogitur, et quod hac restituta ipse etiam cogetur de hac ipsa dimidia cum extraneo experiri: utrumque inutiliter, cum hac dimidia dimidiæ partis ab extraneo recepta, habiturus sit partem totius hereditatis dimidiam eamdem quam prius obtinebat. Cur non igitur hanc ei ab initio sine molestia relinquamus, quæ post molestos circuitus nihilominus ad eum reditura est?

VI. Idem est, si retenta eadem specie et numero personarum, ego aliquid ex hereditate possideam, de quo est in *d. L.* 1. §. *pen. hoc tit.* sed loco propter incertitudinem speciei facti illic omissæ paulo obscuriore: cujus sententia sit nobis hoc modo atque in hac specie breviter exposita. Ego et Titius, ut supra, soli heredes sumus ex æquis partibus: sed tres possidemus hereditatem ad huc modum: ego trientem hereditatis, id est quatuor uncias: Titius coheres meus item trientem; et tertius quidam extraneus item trientem. Cum duo tantum heredes simus, ac propterea semis ad me pertineat: a quo partem hereditatis petam, ut consequar sextantem qui mihi deest ad implendum semissem? Ratio illa summi juris superior faciebat, ut ego sextantem petere deberem a coherede meo, et ille a me vicissim sextantem: quo casu cum utrique nostrum adhuc sextans deesset, eum idcirco petere et consequi deberemus ab extraneo. Sed et hæc inanis circuitio est. Ideo sic potius res transigetur ut ab herede meo frustra petam, admissa inter nos mutuæ petitionis sextantis compensatione: proinde et ego et ipse adversus extraneum dirigere actiones debeamus, singuli ab illo sextantem qui nobis deerat, consecuturi.

VII. Sed hæc de coherede meo et extraneo possessoribus ita sunt, si hi res hereditatis possideant pro indiviso: quo tempore scilicet futurum est ut, cum partem indivisam ab extraneo consecutus fuero, semper easdem hereditatis dimidias ego et Titius coheres meus indivisas obtineamus. Diversum est, si illi possideant res divisas, aut distincta inter se corpora hereditaria. Nam cum in singulis illis rebus et corporibus ego partem pro indiviso habeam, necesse est eam me petere ab iis, qui eam possident: possident autem ambo, Titius coheres et extraneus. Hoc in *L. Pomponius*, 8. *D. de rei vind.*

VIII. De re et parte petita hæ sunt dubitationes. Qui pro parte heres est, partem hereditatis petere potest. Primum quam partem? utrum non solum quæsitam, sed etiam quæ speretur accedere posse deficientibus? Placet solum quæsitam peti posse: speratam dumtaxat non posse. Id voluit Cajus, cum de hac specie ita respondit. Tres sumus heredes sive instituti sive legitimi. Coheredibus meis deliberantibus, ego hereditatem adii atque ita pars tertia mihi quæsita est. Ait non majorem partem petere me debere quam tertiam, quam habiturus essem cæteris adeuntibus: reliquas autem partes non ideo me petere posse, quia cæteri nondum adierint; tunc posse me petere cum, illis non adeuntibus, eorum partes ad me pertinere cœperint: hoc in (4) *L.* 2. *hoc tit.* Nempe hæc ideo quia quam partem adii, aditione mea facta est. Quæ autem coheredibus meis delatæ sunt quamdiu illi deliberant, nondum mihi sunt quæsitæ. Fieri quidem potest ut illi deficiant postea, ac mihi tum eorum portiones accrescant. Sed non ideo meæ sunt, quas spes tantum est acquiri posse. Natura petitionis hereditatis facit, ut hereditatem partemve hereditatis tantum recte quis petat suam, *L. licet*, *D. de hered. pet. L.* 1. in prin. *hoc tit.* Sed et judicii omnis conditio hæc est, ne possit judicium esse in pendenti, aut de iis rebus quæ postea in actionem venturæ sunt, *L. non quemadmodum*, *D. de jud.*

IX. Deinde quæritur de hac ipsa jam quæsita parte, certam quis hic petere debeat, an vero possit etiam incertam. Multis enim modis accidere potest ut aliquem certum sit ex aliqua parte esse heredem, sed ex qua parte sit heres ignoret, quia ignoret quot secum habeat coheredes. Et de hac re ita fuit edictum Prætoris ut is polliceretur se etiam incertæ partis petitionem concessurum, sed hac conditione, si justa caussa interveniret, *L.* 1. (5) §. *ult. hoc tit.* congruit *L. quæ de tota*, §. 1. *D. de rei*

(4) Ubi vocula *non* primo positam exponit *nondum* Ant. Fab. 1. *Conject* 10. *et* 49. *Err. Prag.* 10. *pag.* 1173. Quandiu itaque coheredum portiones ab iis agnosci possunt, totum qui prior adiit petere nequit, Ant. Fab. *Cod. Fabr. h. t. defin.* 3. Quare etsi unus heres jure scriptus, coherede dato sub conditione, interim ille, quandiu non defecta est conditio, partem solam obtinet non totum. Nam si totam interim haberet, eveniente postea conditione, pars ei decrescere non posset, ut pluribus contra DD. A. Fab. 49. *Err. Prag.* 10.

(5) Nam et qui nescit portionem suam, adire potest, *L.* 5. §. *ult. h. t.* si nempe adeat ex ea ipsa parte incerta, non si ex ea quam falso putat sibi deferri *L.* 75. *de acq. her.* Pac. 3. *Q.* 39. Recte. Potest enim hunc a-

*vindic.* Justam hanc caussam esse veteres interpretati sunt, quantum ex exemplis quibus in hac re utuntur, conjicere possumus, quoties incertitudo partis non ex negligentia possessoris nascitur, sed ex conditione rerum præsentium quæ hanc ignorationem etiam prudentissimis et diligentissimis adferat. In quo genere præcipue est illa incertitudo quam adfert rerum natura; cum scilicet nemo hominum per rerum naturam scire potest, quota sit unius heredis viventis portio. Accidere autem id generaliter definiemus, cum defuncto est aliquis heres superstes, et præterea mulier prægnans quæ, si pariat, paritura sit defuncto liberos qui sint cum herede superstite eodem gradu, et cum eo in capita succedant, idest pro numero personarum, non in stirpes. Cujus generis exempla sunt quæ de hac incertitudine exstant hoc titulo. Unum in *L. antiqui*, tale. Paterfamilias decessit, relicto filio superstite herede et uxore prægnante. In defuncti patris successione, filii qui sunt in utero, ita jure civili pro vivis habentur ut pariter cum superstite filio vocentur ad hereditatem singuli ex æquis partibus, *L. qui in utero*, *L. penult. D. de stat. homin.* Quam igitur hic superstes partem habebit cum iis, qui sunt in utero? Natura rerum facit ut plane hæc sit incerta. Ut enim erit numerus natorum, ita futura est superstitis filii portio: quarta, si tres nascentur: tertia, si duo; semis seu dimidia, si unus. Atqui numerus eorum qui nascentur, incertus: neque enim quisquam per rerum naturam scire potest quot nascantur. Unde necesse est et portionem quæ hinc pendet, pariter esse incertam. Placet nihilominus, etiam tunc cum mulier adhuc gerit uterum, filium superstitem hereditatem quæ ab alio possidetur petere posse pro sua parte, quanvis natura non possit certam partem quam petat dicere. Huic simile exemplum est in pluribus fratribus patruelibus defuncti, quod significatur in *L. 1. §. ultim. hoc titu.* ut recte Azo accepit. Quatuor fratres fuerunt, quorum primus decessit relicto filio: duo sequentes relictis uxoribus prægnantibus. Ac tandem, his ipsis uxoribus adhuc uterum gerentibus, decessit ad extremum quartus frater sine liberis, de cujus hereditate nunc inter superiores agitur: nam et cum defuncti fratris filio superstite vocantur fratres patrueles qui sunt in utero. Interdum dum in suspenso est quot nascantur, quotam partem defuncti fratris filius vindicabit? Et apparet eamdem hic incertitudinem versari quæ supra. Non enim minus cognati isti succedunt inter se in capita, quam filii defuncti, etiam novo jure, ut in successione intestati ostendimus. Placet tamen etiam huic filio superstiti incertæ partis vindicationem concedi.

X. Sed incertam partem in his exemplis accipere debemus eam quæ natura, idest re vera, incerta sit. Cæterum hæc ipsa pars per rerum naturam incerta, interpretatione juris auctorum ad nonnullam certitudinem petitionis redacta est. Sic enim illi statuerunt, eam quæ prægnans est, ita habendam quasi ternos paritura sit, dum scilicet intuentur id quod fieri non raro admodum potest. Hinc evenire, ut in priore specie filius defuncti superstes quartam hereditatis petere debeat: in posteriore frater patruelis superstes petere debeat septimam: hæc enim portio superstitis futura esset, si uxores fratrum defunctorum prægnantes singulæ ternos parerent: hæc ad hanc sententiam (6) in *d. L. antiqui*, hic. Sed hac sententia

nimum habere, ut quantacunque ea pars futura, illam sibi acquiri velit, et incertitudo ad certitudinem redigi potest. Nec igitur *d. §. ult.* verba extrema *qui nescit etc.* interpretis sunt imperiti, ut Ant. Fab. 49. *Err. Prag.* 10. *pag.* 1117. Nam pone: Cajus fratris sui filios et Titium, omnes pro virilibus sibi heredes scripsit. Nescit Titius quotnam sint illi, et forte etiam testator nescivit, quia fratri suo peregre nati sunt. Potest Titius, priusquam etiam comperiat numerum coheredum et ita quoque quantitatem partis suæ, adire animo habendæ suæ partis (quantacunque sit, quæ natura certa est etsi ignorata) declarato. Alioqui, si diem fungeretur priusquam de coheredum numero certior fiat, ad heredes transmittere non posset. Potest idem eam partem incertam vindicare *d. §. ult.* Hoc est tenet interim judicium contra possessores hereditatis, etiam antequam sciatur quæ pars sit petitoris ob ignoratum etiamnum coheredum numerum. Quia inter moras judicii de eo constare potest, nec ideo necesse incertam sententiam dici. Faciunt ea quæ *supra Cap.* 14. *N.* 6. Atque sic opinor, genuina species ponitur *d. §. ult.* Non ut noster ex *L.* 3. *h. t.*

(6) Et hic interim revera heres pro quarta parte *d. L.* 3. *in fin.* Et quidem quod paucioribus natis accrescit ex ratione juris est, quod vero pluribus natis decrescit, in eo violatur juris regula, qua semel heres nunquam desinit. Idque propter utilitatem, *L.* 15. *de I.I.* Ant. Fab. 49. *Err. Prag.* 10. *pag.* 1117. Etsi Pac. 3. *Quæst.* 28. ubi unus est in utero, propter incertum eventum, heredem esse interim alium filium ex quadrante ratione effectus, quia ratione ejus solum emolumentis fruitur, revera autem ex semisse. Sed si ita est, non proprie accrescere ac decrescere

recepta, quomodo dicitur in his exemplis incertæ partis petitio concedi? sic enim traditur in *d. L.* 1. §. *ultim. eod.* Nempe post hanc sententiam recte utrumque dicitur, incertam hic partem peti et simul certam, sed diversis rationibus. Certa portio hic fit ex superiore interpretatione, non ut sit talis pro certo et ut talis habeatur perpetuo atque immutabiliter, sed ut existimetur talis ad tempus, donec scilicet mulier erit gravida. Re autem vera, semper hæc portio est incerta non natura tantum, sed etiam prudentum interpretatione. Possunt enim plures nasci quam tres; possunt etiam pauciores: ut prout id acciderit, secundum naturam superstitis portio aut minor quam quarta, aut major sit futura. Neque hoc mutarunt prudentes; sed in re incerta illam petitionem constituerunt quam dixi, hac lege videlicet, ut juberent eam servari, donec mulier pareret; post, ubi peperisset, tum ad veritatem naturæ redeundum esse intelligerent, ut si pauciores nati sint quam tres, residuum superstiti pro rata accrescat: si plures quam tres, tantum de ejus quarta decedat pro portione. Hoc in *L.* 4. *eod.* Neque tamen dum res in suspenso est, frustra illam certitudinem interpretationis quæsierunt, inventam adhibuerunt: quia hanc certitudinem, quoad ejus fieri potest, desiderat sententia judicis: cujus officium est curare ut, quantum fieri potest, etiam de re incerta ferat certam sententiam, §. *curare*, *Inst. de action.*

XI. In fine et effectu petitionis hereditatis quæ de parte est, hæc dubitatio est, cujus partis restitutio peti hoc judicio et obtineri debeat, utrum indivisæ, an et divisæ. Et placet nihil hic amplius ad officium judicis pertinere quam ut partem hereditatis pro indiviso restitui jubeat; proinde nec alias partis restitutionem in hanc petitionem venire. Si quis id agat eum coheredibus ut a communione discedatur, judicio familiæ erciscundæ id eum consequi, non petitione hereditatis, *L. non possumus*, *hoc tit.* Et ratio in promptu est. Neque enim heres qui pro parte nondum divisa heres est, aliam partem vindicare et suam esse intendere potest, quam eam quam habet, idest indivisam. Nec petenti aliud jubere potest judex restitui quam id quod petitum est, *L. ult. C. de fid. lib.*

XII. Ex his edictum prætoris de parte hereditatis petenda, quod commemorat Ulpianus in *L.* 1. in pr. hic. tale propemodum fuisse facile agnoscas. Qui partem hereditatis petet, dum certam petat, et adversus eum qui quantumlibet de hereditate pro herede prove possessore possidebit, petitionem hereditatis dabo, ut pars pro indiviso restituatur. Si justa caussa intervenirt, etiam incertæ partis petitionem admittam.

diceretur *d. L.* §. Ad intellectum pleniorem *d. l.* 3. adi Anton. Guibert. Polyst. *Cap.* 11. Luc. Jo Scoppam. 1. *Collectan.* 32. Greg. Lo ex. *Animadv. Cap.* 11. Marq. Freher. 2. *Parerg.* 5. Fop. ab Æsema 2. *Dissert.* 3.

# HUGONIS DONELLI

## JURISCONSULTI

# COMMENTARIORUM DE JURE CIVILI

## LIBER VICESIMUS

### De rei vindicatione.

### CAP. I.

**Quid sit et quam recte verborum commune, quale hoc videtur, proprie huic speciei tributum sit.**

Ut in rebus nostris persequendis de universitate, id est de hereditate in rem actio est, ita est et de rebus nostris singulis. Illa ex re petitio hereditatis nominatur, de qua huc usque dictum est: hæc posterior rei vindicatio, ut indicat Titulus *De rei vindicatione D. et C.* in quo tractari constat hoc ipsum genus singularum rerum petitionis, ut declarat *L.* 1. in pr. *L. in rem*, in pr. *D. eod. tit.* De eo igitur jam, ut ordo nobis propositus postulat, cognoscamus. Est ergo rei (1) vindicatio in rem actio, per quam

(1) Vindicare (pro quo male quidam *vendicare*, Oldend. *Progym. Act.* t l. 3. *Act.* 2. *initio*, neque enim *vendicare* usquam legimus, nec recte post Ant. Aug. 3. *Emend.* 9. *n.* 9. Wes. *in h. t. C. n.* 2. inter hæc discrimen nullum esse. Neque enim æque *vendicare æstimationi* apte dicetur ut *vendicare*, Cic. *in Verr.* nec contra *vendicare maleficia* pro *punire* et *sibi vendicare* crebrius dicitur, *vindicare* absolute) idem hic est quod suam adserere, dicere, intendere rem esse suam *L.* 66. *h. t. L.* 27. §. 2. et 4. *de auro leg. L.* 10. *de pet. her.* Wes. *d. n.* 2. Oldend. *d. loc.* Borch. *in* §. *appellamus* 15. *I. de act.* hoc modo et legatum vindicationis dici scribens. Vel proprietatem sibi stabilire ac firmare, jure proprietatis repetere, alteri auferre, liberare, asserere de manu et jure possessoris, Wesenb. *Par. hoc tit. n.* 2. sibique recipere et in potestatem suam revocare, Hotom. ad *d.* §. *appellamus* 15. Don. noster *ibid. n.* 4. Gæd. ad *L.* 131. *de V. S. n.* 22. Turneb. 19. *Adv.* 28. Sic vindicare in libertatem Cic. 3. *de LL.* et *Orat. de L. Agrar. f. m.* 406. Generalius de omnis causæ persecutione dicitur, quomodo vindex pro defensore, Cic. *in Top.* qui alterius caussam suscipit vindicandam, Boet. *in Top. Cic.* Cujac. 5. *Obser.* 29. Gœd. *d. n.* 22. etsi appellatio inde quod vindicet quo minus is qui prehensus est ab aliquo teneatur, Fest. *Lib.* 20. Rævard. ad *LL.* 12. *tab. Cap.* 3. et vindicare pro injuriam ulcisci et persequi *L.* 2. §. 5. *in fin. de judic.* ac vindicta pro ultione passim. Quin et ad alias actiones in personam quandoque refertur, ut *L.* 22. *C. Mand.* Duar. ad *L.* 1. *de leg.* 1. Compositum hoc verbum a *vim* et *dico*, quod vis hic fieret, non bellica sed legitime ac civilis, quæ festucaria Agell. 20. *Noct.* 9. *in d.* §. 15. Borch. *ibid.* et Don. *n.* 3. Hinc *vindicit* pro *vindicat* legimus in L. 12. tabularum apud Agell. 20. *Noct.* 1. quam lectionem recte probant Cujac. 3. *Obs.* 39. Joseph. Scal. *in Fest. Lib.* 12. *in v. Nervum* et *not.* ad Varr. *Lib.* 3. *de re Rust.* laudatus a Taubmano *in Trinummum Plauti Act.* 3 *Sc.* 2. Fulv. Ursin. *in not. ad LL.* 12. *tab. p.* 237. et Theodor. Marcil. in *LL.* 12. *tab. collect. Cap.* 18. Etsi Rævard. *ad eand. Cap.* 8. pro illo *vindex esto*, reponit quia veteres *vindicere* non usurpaverint. Quod si vel ita esset, mutationi huic non obstaret. Nam nec *judicere* usur esse veteres legimus, pro judicare etc. Hinc et *vindicia*, qua non possessio significatur ut Cujac *Par. C. h. t.* Hot. 2. *Obs.* 9. *in fin.* Borch. *in d.* §. 15. *I. de act.* sed res de qua lis, aut gleba ex fundo delata rem repræsentans, Fest. *Lib.* 19. v. *vindicia* Agell. 20. *Noct.* 9. Gifan. *in d.* §. 15. Turneb. 13. *Adv.* 27. Coras. *in d.* §. 15. *n.* 1. Plane antiquitus ex *LL.* 12. *tab.* omnis vindicatio hebat apud Prætorem in re atque loco præsenti: Agell. *d. Cap.* 9. Ac si res mobilis peteretur, ea si præsto erat, petitor injecta manu, quasi vim quandam adhibendo, vindicabat, suamque esse dicebat, Liv. *Lib.* 3. Quintil. *in Argum.*

rem unam aliquam corporalem nostram tanquam nostram petimus ab eo qui possidet. In rem actionem esse constat, vindicationis enim verbo non aliud genus significatur, *L. actionem*, *D. de oblign. et act.* quod cur ita vocetur, exposui ad §. *appellamus*, *Inst. de act.* Cætera in definitione addita sunt differentiæ caussa; ut removeantur scilicet cæteræ in rem actiones: atque his remotis efficiatur id quod est proprium hujus actionis. Dicimus igitur: Per quam (2) petimus rem unam aliquam, id est speciem aliquam, et res singulas; ut removeatur petitio hereditatis quæ et ipsa in rem actio est, sed de universitate rerum: rei autem vindicatio de rebus singulis, seu de specie aliqua certa, *L. si in rem*, 6. *D. de rei vind.* unde et petitio rerum singularum dicitur in *L.* 1. in pr. *D. eod.* et actio in rem (3) specialis, *eod. L.* 1. *et L. in speciali*, *eod.* Rem corporalem: ut removeatur servitutum petitio quæ etiam in rem actio est, et de servitutibus singulis, *L.* 1. *L.* 2. *D. si ser. vind.* sed hae de caussa de rebus incorporalibus: rei autem vindicatio ita de rebus singulis, ut sit de corporibus. Nostram: ut removeantur omnes actiones in rem prætoriæ quæ, cum in rem sint, competunt de rebus non proprie nostris, sed autem tanquam nostris, aut ad jus nostrum pertinen-

*declamat.* 359. Quo alludit Ovid. 1. *Amor.* 4 et 2. *Amor.* et 4. *Fastor.* Virgil. 10. *Eneid.* vid. Brisson. *Lib.* 5. *Formul. pag.* 371. Muret. ad *L.* 2. §. 24. *de O. I.* Si non aderat: ad exbibendum agebatur, ut exbibita vindicari posset, Vult. ad *L. un. C. ubi fideic. peti oporteat n.* 26. Sin res soli: ex loco juris dicendi Prætor cum litigatoribus ad fundum controversum proficiscebatur et veniebat in rem præsentem; ibique vindiciæ *correptio* manus fiebat. Agell. *d. loc.* seu ut legere levicula mutatione mallem, *consertio* (ex verbis 12. tab. Si qui in jure id est apud Prætorem Turneb. 29. *Advers.* 33. manum *conserunt.*) Nam suoptis ex arbore surculis seu festucis, uterque reus imaginario duello inter se concertabant, actor suum prædium asserebat, reus contra vindicabat, unde via illa festucaria, Agell. *d. loc.* Rævard. ad *LL.* 12. *tab. Cap.* 6. Hot. 3. *Obs.* 15. Qui hunc ritum originem traxisse suspicatur ex institutis veterum Germanorum, qui lites plerasque certamine singulari diremerunt, et a quibus Latium aliquando ante Romam conditam occupatum forte fuerat. Sed rectius dicemus a vera militia et dimicatione hostili hoc ad forense verborum bellum translatum esse. Fo... ab Æzema 2. *Dissert.* 5. Dilatato post Imperio, cum gravis profectio ista esset Prætori, moribus inductum est ut rei non amplius ex jure manum apud Prætorem consererent, Agell. *d. loc.* id est non una cum Prætore manus conserendæ gratia in agrum irent. Sed ex jure manu consertum vocarent. Nam actor adversarium manu prehensum, ex loco ubi jus dicebatur in rem præsentem vocabat. Et uterque eo profecti manus illic consereban, inde superstitibus præsentibus, (id est testibus) vindicias sumebant, Fest. *Lib.* 17. *in v. superstites.* Et accepta ex agro gleba atque in jus delata, in ea tanquam in toto agro vindicabant, Agell. *d. Cap.* 9. Boet. *in Top. loc. a divis.* Ræv. *d. Cap.* 6. Charond. 3. *Verisim.* 1. Rosin. 9. *Antiq. Rom.* 13. Horteos. *in* §. 1. *verarum rum eo. l. de oct.* Vult. *ibid. n.* 54. Marcil. in *LL.* 12. *tab. Cap.* 11. Quo alludit Enn. *Lib.* 8. *annal.*

*Non ex jure manu consertum, sed mage ferro litem repetunt* . . . . . . . . . .

Qui versus citantur et a Cicer. *pro Murena et Lib.* 7. *Epist.* 13. vid. Paul. Merula *Comment. ad d. Lib.* 7. *pag.* 469 Tandem et hujus profectionis tædio instituta profectio imaginaria, novaque et solemnis manus conserendæ ratio, ea solis formulis ac certis verborum conceptionibus constans, quæ alia actoris: FUNDUS QUI EST IN AGRO, QUI SABINUS VOCATUR MEUS EST: EUM EGO EX JURE QUIRITUM MEUM ESSE AJO. INDE EGO TE EX JURE MANU CONSERTUM VOCO: Alia Rei: IMMO MEUS. UNDE TU ME EX JURE MANU CONSERTUM VOCASTI, INDE IBI EGO TE REVOCO: Alias Prætoris; UTRISQUE SUPERSTITIBUS PRÆSENTIBUS ISTAM VIAM DICO: INITE VIAM, REDITE VIAM vid. Cic. *Orat. pro Murena*, Rævard. *d. Cap.* 6. Obrecht. *in Exercitio de rei vindic. post. Disput.* 12. Postremo et hisce formulis axoletis Prætores additis exceptionibus et replicationibus, jus in litis verba composuerunt, Rævard. *d. loc.* Plane lis suborta, uter pendente proprietatis judicio possideret, vindiciarum lis dicta, quia possessio fiduciaria interea obtinebatur, teste Ascon. *in Verr. Lib.* 3. Cagnol. *de Vita et regim. boni Principis n.* 357. Gail. *t. Obser.* 5. *n.* 4. Menoch. *Retin. poss. Remed.* 3 *n.* 8. *et seqq.* Rævard. *d. Cap.* 6. Phil. Broidæ *in Supplem. Histor. fori* Polleti *Lib.* 5. *Cap.* 4. Et vindicias dare dicebatur Prætor cum possessionem momentariam addiceret, ferre autem is cui ea tribuebatur, Turneb. 13. *Adv.* 27. Non quod vindicia possessionem significaret, sed quia is cui glebas allatas Prætor addicebat, eadem vindiciæ dicebantur, Rævar. *d. loc.* Et cui injuste ita addicta possessio, in petitorio victus ad duplam fructuum restitutionem damnabatur, vid. *infra Cap.* 5. *N.* 10.

(2) Et petitio inde, quia petere Latinis aliquid auferre significat, ut petere ignem a vicino, vinum a caupone. Quia et hic mos ut actor peteret glebam ex agro quem vindicabat etc. ita Gifan. *ad L.* 28. *de O. et A. n.* 4.

(3) *L.* 1. §. 1. *L.* 27. §. 3. *h. t.* *L.* 7. *Cod. de pet. hered.* *L.* 3. *Cod. de praes.* 30. *ann.* etc. Wesemb. *in h. t. C. num.* 1.

tibus, ut sunt de hereditate bonorum possessoria hereditatis petitio, fideicommissaria hereditatis petitio: in rebus singulis Publiciana de rebus bona fide possessis, Serviana seu hypothecaria de pignoribus. Tanquam nostram; ut removeantur actiones in personam pleræque, quibus etiam rem nostram petimus, et petimus ut nobis restituatur: ut sunt actio commodati, depositi, locati, de rebus nostris alii commodatis, locatis, apud alium depositis. Sed ideo hæ actiones non sunt in rem, quia in bis rem quidem nostram petimus: at non tanquam nostram, ut de dominio nostro probare hic nos quidquam oporteat, sed tanquam (4 debitam ab eo qui nobis ad restituendum obligatus est, petituri etiamsi maxime res aliena a nobis data esset, *L. commodare*, *L. ita*, *D. com.* In rei vindicatione autem rem nostram petimus hoc solo nomine, quod nostra est et ab alio possidetur. Quæ jam omnia cum concurrent, constituitur proprium genus actionis in rem, id quod rei vindicationem appellamus, de quo nunc agimus.

Atque hoc in re est. Sed quæritur de verbo, quam recte hoc genus actionis proprie dicatur rei vindicatio. Non temere quæritur; nam utrumque verbum et rei et vindicationis cummune est, non proprium ullius rei certæ aut certæ in rem actionis. Rei quidem verbum generale esse constat, quo significantur res omnes quæ usquam nominantur, *L. rei appellatio*, juncta *L. pecuniæ*, *D. de verb. sign.* Proinde et hereditas et servitutes: quinimmo et hæc nominatim inter res incorporales numerantur, *Inst. de reb. corp. et inc.* quanto magis continentur hoc verbo res bona fide possessæ, aut (5) pignori obligatæ? ut profecto nun magis rei verbum cunveniat rei corporali et nostræ, quam cæteris omnibus, quæ aut incorporales sunt, aut corporales non nostræ. Vindicationis autem verbum et ipsum commune est, pertinens ad omnes actiones in rem. Declarat significatio verbi et etymologia, de qua scripsi ad *d. §. appellamus*, *Instit. de act.* Sed maxime usus veterum a quibus hoc verbum de omni genere actionum in rem usurpatum est. Petitur hereditas? dicitur etiam vindicari, et hæc ipsa petitio vindicatio hereditatis appellatur, *L. legitimam*, *D. de her. pet.* *L.* 1. §. 1. *§. ult. D. si pars hered. pet.* Petitur servitus? et hæc ipsa vindicari dicitur: ex quo Titulus; *Si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur*; quo significantur in rem actiones de servitutibus tum confessoria tum negatoria, de quibus eo titulo agitur, *L.* 1. *L.* 2. *eod. tit.* Ipsæ adeo actiones in rem prætoriæ de rebus non nostris propositæ, vindicationes appellantur: unde vindicatio pignoris in *L. si fundus*, *§. in vindicatione*, *D. de pign.* In hac ergo significatione atque hoc usu verborum, merito quæritur qui fiat, ut actioni in rem de rebus corporalibus nostris tribuatur proprie rei vindicationis verbum, quod est cum cæteris omnibus quæ in rem sunt, commune. Nempe fit hoc per antonomasiam, cum verbum unius generis commune quod erat, uni alicui ex eo genere proprie attribuitur propter excellentiam: qualem figuram ex usu omnium latine loquentium notavit Justinianus in verbo juris civilis, et verbo poetæ in *§. sed jus quidem*, *Instit. de jur. nat. gent. et civi.* quorum altero intelligi ait per excellentiam non quodvis jus civile, sed Romanorum: altero poetam apud Græcos Homerum, apud Romanos Virgilium, quod et verum est. Idem factum sciamus in verbo rei vindicationis. Si verborum proprietatem sequimur, nulla

(4) Ac licet rem suam petat ibi actor, non tamen intendit esse suam, nec de dominio contendit, aut hoc agit ut dominus declaretur, Gifan. *ad l.* 25. *de O. et A. n.* 37. *et* 3. *seqq.* Nec rem suam, sed obligationis jus persequitur, Hottom. 3. *Obser.* 17. Confer. Fr. Sarmient. *de Reditib. ecclesiast. Part.* 1 *Cap. n.* 12. *et Part.* 3. *Cap.* 2. *n.* 7. *et seq.* Hac autem actione rem ipsam quæ nobis aliquo sensu abesse videtur dum, ea ab alio detenta, commodo fruendi et possidendi exclusi sumus, Gœd. *ad L.* 14 *de V. S. n.* 15. Pronomina possessiva meum, tuum, etc. quando dominium denotent. vid. Rebuff. *ad L.* 91. *de V. S. et ibi* Gœd. ac ad *L.* 239. *§. ult. eod.* Wesenb. *Cons.* 2. *n.* 76. Vult. *Cons. Marp.* 21. *n.* 50. *et n.* 225. *Vol.* 3. Menoch. 4. *Præsumpt.* 161. *n.* 29. add. *supra Lib.* 12. *Cap.* 1. *N.* 2. Confer. Galeot. Martius *de Doctrina promiscua Cap.* 28. *p.* 238. *et seq.*

(5) *L.* 22. *L. ult. de pig. act. L.* 7. *C. de O. et. A.* Generaliter enim vindicatio caussam habet non tantum dominium, sed dominium vel jus in rem, Vult. *in §.* 1. *I. de act. n.* 27. Gifan. *ibid. et in §. seq.* Cujac. 5. *Obser.* 29 Triplex, ait, vindicatio est: Proprietatis, Servitutis, Pignoris. Prior propria, reliquæ quasi vindicationes. Quam distinctionem ait Wesenb. *in hoc tit. Cod. n.* 7. ductam videri ex *L.* 19. *de Usur. L.* 18. § 1. *de lib. cap.* Cæterum et alia genera reperiri, ut possessionis et generaliter varia genera vindicationum statuit ipse Cujac. 6. *ad Afric. in L.* 46. *de evict.* Fopp. ab Æzema 2. *Dissert.* 1. quæ rationes juris datur, vindicationis nomine gaudere, sed alteniori et abusivo.

est in rem actio, quæ non recte dicatur vindicatio: et cum omnis sit de re aliqua, sive ea hereditas est, sive res singularis, et sive corporalis, sive incorporalis; necesse est omnem recte dici rei vindicationem, utpote vindicationem illius rei quæ petitur. Sed excellentia (6) actionis fecit, ut ei tribueretur hoc nomen potissimum. Quippe hæc prima et sola in rem actio fuit jure civili: *ita proditæ sunt*, inquit Justinianus, *actiones jure civili, ut quis dominium suum vindicet*, §. namque. *Inst. de act.* Etsi igitur postea aliæ proditæ sunt actiones in rem, tamen semper præcipua et primaria est ea quæ ab initio in hoc genere fuit prodita, unde et propter excellentiam vetus nomen tanquam proprium retinuit. Neque hoc mirum sit factum esse in verbo rei vindicationis: factum idem est et in verbo actionis in rem, quod vi sua maxime generale esse inter omnes convenit. Nam cujuscunque generis petitio sit in rem, hæc actio in rem dicitur, §. *sed istæ*, *Instit. de act.* Et tamen veteres actionem in rem definiunt eam, per quam rem dominii nostri petimus: sic Ulpianus in *L. actionum*, *D. de obl. et act.* sic Paulus in *L. in rem*, in prin. *D. de rei vindic.* Vitiosa definitio, dixerit aliquis, cum in rem actiones sint et petitio hereditatis, et Publiciana de rebus bona fide possessis, et Serviana de pignoribus; quarum tamen rerum omnium dominium nullum nobis quæritur. Dicemus hæc ita esse, si quis propriam et communem verbi significationem spectet. Sed veteres, in superiore definitione, verbum quod erat commune contraxerunt ad speciem primariam actionis in rem, quæ est (7) de rebus dominii nostri, eadem figura qua supra, et eodem usu quem servari diximus in verbo rei vindicationis.

(6) Ac dicitur *rei* vindicatio, differens a vindicatione ut species a genere, Cujac. *Par. hoc tit.* volens voculam *rei* significare proprietatem. Sane vocula *rei* non hic generalis, quorsum enim adjiceretur, aut quænam ita est *non rei*, sed specialis, ut secernatur a *jure*, sicuti passim *res* et *jus in re* opponuntur? Et rei appellatio speciem notat, *L.* 6. *hoc tit.* quæ non nisi corpus, vid. *infra Cap.* 4. *N.* 8. *sub fin.* Atque in hoc, quod rei vindicatio incorporalibus non tribuatur, conveniunt Azo *in summ. C. h. t. n.* 6. Sich. *in rub. Cod h. t. n.* 4. Wesenb. *ibid. n.* 1. 2. 19. 20. Oldend. *Class.* 3. *Act.* 2. Gifan. *in L.* 25. *de O. et A. n.* 36. Coras. *in L.* 12. §. 1. *de acq. possess. P.* 2. *n.* 30. *et seq.* Wesenb. *in Comm. ad Rub. D. de rer. divis. n.* 9. Mudæ. *in* §. 1. *I. de act.* vers. *aut cum eo agit. n.* 14. Vult. *in d.* §. 1. *n.* 30. *et n.* 64. Jo. Tavard. *ibid. n.* 17. Fopp. ab Uzema 2. *Diss.* 1. Busius *ad Rubr. D. hoc tit. n.* 2. scribens vindicationem juris incorporalis constituere genus tam materia quam forma agendi diversum. Quod et firmatur 1.° ex veteri ritu de quo *supra N.* 1. Res autem incorporeæ nec tangi queunt, nec in judicium deferri, nec manus eis injici potest, Vult. *in d.* §. 1. *n.* 55. 2.° Horum jurium proprie nullum est dominium, sed jus potius finitimum, a dominio separatum, Wes. *d. n.* 20. vide *supra Lib.* 9. *C.* 8. *n.* 6. *N.* 2. 3.° Eadem nec proprie possidentur, nec etiam corporaliter detinentur. 4.° Prob. idem *L.* 1. §. 1. *h. t.* Jura enim res nec mobiles nec immobiles sunt, sed tertium genus rerum ac propria specie et ab utrisque separantur *L.* 7. §. 4. *de pecul. L.* 15. § 2. *de re judic. L. un.* §. 7. vers. *exactio. C. de rei ux. act. L.* 2. *et* 3. *Cod. de quadr. præsc.* Qua de re vid. Cujac. *Consult.* 23. *et Lib.* 2. *de Feud. Tit.* 1. Hot. *Disput. feud. Cap.* 16. Pallad. 1. *Rer. Quotid.* 3. §. 8. *n.* 2. Tiraq. late *de Retr. lignag.* §. 1. *Glos.* 7. Pinel. *ad Rub. Cod. de bon. mat P.* 1. *n.* 24. *et seqq.* Gail. 2. *Obser.* 21. *n.* 9. *et* 10. Langl. 4. *Semestr.* 7. Coler. *de Process. exsec. P.* 1. *Cap.* 3. *n.* 237. *ac Decis.* 59. *n.* 5. Jac. Schultes. ad Modest. Pist. *P.* 3. *Q.* 124. Nam cum mobilitas et immobilitas corporis sint affectiones, Aristot. 3. *Phys. acro.* ac dicantur ratione loci, his non convenit quæ nullo loco circumscripta, *L.* 86. *princ. de leg.* 2. *L.* 78. §. 1. *de leg.* 3. *L.* 12. §. 45. *de instr. leg.* Frid. Martini *de Jure censuum Cap.* 1. *n.* 97. Quamquam non ideo inficiemur nomina et actiones quandoque ad mobilia vel immobilia referri, ad quæ nimirum proditæ sunt, ut per plures citatos a Schult. *Quæst. pract.* 40. *n.* 10. Toming. *Dec.* 22. *n.* 6. Unde, nec publicatis omnibus mobilibus et immobilibus, jura et actiones venire post alios censet Petr. Barbosa *ad L. si constante* 25. (*alias* 24.) §. *ult. D. sol. matrim. n.* 2. *et* 3. 5. Accedit denique quod hic *tit. de R. V.* sequitur post *tit. de hered. petit.* qui si generalis esset, præcedere deberet Diss. videtur Vult. *in L.* 1. *C. ubi in rem act. n.* 32. *et* 2. *Jurispr.* 22. Joan. Meichsner. *Decis. Cam. Tomo* 4. *Decis.* 7. *n.* 23. Plane, uti accessiones rei corporalis, in hanc actionem jura venire possunt, Ant. Rambaud. *addit. ad Q.* Papæ 148. et Steph. Ranchin. *ibid.* Sueidvin. *ad* §. 1. *I. de act. n.* 135. *per L.* 1. §. 5. junct. §. 32. *de vi arm.* Facit *L.* 10. §. 1. *de Usucap.* vid. *infra Cap.* 4. *N.* 8.

(7) Recte, et melius quam ad §. 1. *I. de act. n.* 9. ubi vult Donellus exempli loco in *d.* §. 1. nominari rem corporalem. Nam ut actiones in rem uno modo dividuntur in eas quæ de universitate et quæ de singulis rebus, *L.* 1. *princ. hoc. tit.* ita alia ratione in eas quæ pro rebus corporalibus et quæ pro incorporalibus competunt, Robert. 2. *notar.* 6. add. Sueiduin. *in* §. 1. *I. de act. n.* 55. *ac seq.*

## CAP. II.

### Cui competat in rem actio, seu rei vindicatio.

*Rerum partitio et ordo.* I.
*Rei vindicatio competit domino rei: qui talis.* II. IV.
*Exempla dominii quæsiti jure gentium, et civili.* II.
*Tractatio de acquisitione dominii hic loci supervaconea et inepta et quare.* III.
*Competit eadem cuicunque domino et semper.* V.
*Nisi forte de tigno juncto vindicando agatur; et quare.* VI.
*Item nisi impediat proprium domini factum, quatuor hujusmodi facta et qualia.* VII.
*Vel factum sui decessoris.* VIII.
*Superiora facta etsi domino noceant; illi tamen haud obesse qui advocatum egit in tali caussa. Contraria diluuntur.* IX.
*Domino rem vindicanti incumbit probatio dominii quæsiti, non autem dominii non amissi.* X.
*Probatio dominii onerosa.* XI.
*Probationis hujus declinandæ rei-ve suæ obtinendæ cautiones duæ.* XII.
*Qualis utraque.* XIII. XIV.

I. In hac actione similiter ut in cæteris rectam actionis institutionem quærimus. Hæc constat iisdem illis locis quatuor communibus ut constituatur, Cui competat, Adversus quem, Qua de re, Cujus rei obtinendæ caussa: de quibus jam dicam.

II. Competit rei vindicatio, quam eandem nunc proprio vocabulo etiam actionem in rem vocamus, ei qui rem suam petit, idest uno verbo, (1) domino, *L. actionum*, *D. de oblig. et actio.* Dominus is est, qui jure gentium, aut jure civili dominium acquisivit: unde et huic ipsi in rem actio competere dicitur in (2) *L. in rem*, in prin. *D. de rei vind.* Jure gentium acquisisse dominium dicitur, qui acquisivit modis jure gentium ad eam rem proditis. Jure civili, qui acquisivit modis in eo jure ad acquirendum constitutis. Quam ad rem licet uti exemplis quibusdam, qualia pleraque sub hoc titulo sparsa legere est D. et C. Ex jure gentium, veluti, si quis speciem ex aliena materia a se factam petat, *L. 5. §. 1. D. de rei vind.* Si petat rem a domino sibi traditam, et traditam ex justa caussa, puta maritus ex caussa dotis, *L. dote. C. eod.* Si fructus in re sua pendentes qui ipsius fundi pars sunt, (3) *L. fructus pendentes, D. eod.* Si petat quod ex re sua superest, ut mortui bovis sui corium, *L. solum*, *D. eod.* Si quod natum est ex re sua, ut partum ancillæ suæ. *L. partum*, *C. eod.* Si petet, quod in suo plantatum satumve sit, quod quidem ibi radices egerit, *L. si quis sciens*, *C. eod.* Si quod in suo inædificatum, quanvis ab alio, *L. in rem*, *§. ult. D. eod. L. 2. L. si in area C. eod.* Si petat quod rei suæ cohæreat, eique cesserit propter præstantiam rei suæ, *L. in rem*, *§. si quis rei*, *§. sed et id*, *§. item*, *D. eod.* Ex jure civili, veluti, si quis

(1) Hinc vocatur lis dominii *L.* 18. *princ. de Usur.* et dicitur hic proprietas verti, ut in interdicto possessio *L.* 14. *§. ult. de exc. rei judic.* Unde apparet male quosdam statuere actiones reales omnes propter unam rem, possessionem scilicet institui, et uni illi fini inservire. Sustinetur tamen actio, etsi, quo tempore intentatur, petitor non sit dominus; sed fiat post litem contestatam *Cap. abbate in fin. ubi Gl. in v. tempus de re jud. in* 6. Ohrecht Disput. 12. *P.* 1. *n.* 37.

(2) Ubi non directam dari actionem, propter verba formulæ *ex jure Quiritum*, sed utilem vult Hot. *ad princ. l. de Usucap.* Cujus opinio nec olim obtinuit, nisi in dominio bonitario nudo hodie sublato. Nam et qui ex caussis juris gentium acquirit, utique plenum dominium consequitur. Et naturale ac civile dominium non sunt diversæ species, licet diversas caussas habent, cum caussæ efficientis ratione species non varient. Et utilis actio datur ei, qui dominus jure prætorio, quem vulgo utilem vocant, vid. *infra N.* 7.

(3) Ubi, ut hoc obiter, in vulgaribus exemplaribus pluribus monostichon habetur, a Jurisconsulto non de industria effusum, ut vult Matth. Gribald. *Lib.* 3. *de Rat. stud.* sed quod imprudenti excidit) quod nec alias insolens. Exempla *L.* 12 *princ. de Publ. act. L.* 12. *§.* 4. *de usu et hab. L.* 46. *de æd. ed. L.* 9. *§.* 11. *de reb. dub. L.* 9. *de R. I.* Scip. Gentil. 2. *Parerg. ult.* Cic. *initio pro Archia. In qua me non inficior mediocriter esse, etc.* et in *Proœm.* 1. *Act. in Verr.* judicium corrumpendum spectare videntur. Et in vers. *Biblior. Non veni pacem mittere, sed gladium* etc.

rem alienam a se usucaptam petat, *L.* (4) *nullo*, *C. eod.* Sed hæc exempli caussa retulisse sufficiat. Etsi enim aliquando plura ad hanc acquisitionem pertinentia in quibus de rei vindicatione dubitatur, sub his titulis notari possunt; tamen inutile sit hoc loco colligere, et eorum aut superiorum exquirere hoc loco rationem. Nam si exempla dominii acquisitionis tantum quærimus, in his quæ retulimus plus satis exemplorum est. Sin plenam cognitionem acquisitionis, hujus nihil ad eam rem contulerit cæterorum exemplorum quæ hic leguntur, adjectio aut tractatio. Ut enim hæc et priora conferantur omnia in unum, tam vix millesimam partem efficiant ejus cognitionis.

III. Quid ergo nosse hoc loco non oportebit quibus modis dominia rerum acquirantur? Immo vero etiam nosse hoc loco necesse est, ut hinc de jure nostro dominii ad vindicandum statuatur. Sed ea tractatio non est hujus loci duabus de caussis, et quod supervacua est hoc loco, et quod inepta. Supervacua, quia de his locis abunde ante diximus in acquisitione dominiorum. Unde sumi potest quod huc pertinebit, sive acquisitionis species, sive ejus ratio quæretur: cumque ii modi sint prope innumeri, nemo mirabitur si brevi eorum comprehensione non utamur, ut de acquisitione hereditatis in hujus petitione fecimus. Idem enim brevi comprehensione in re infinita consequi non potuimus. Inepta, quia non debent hæ res permisceri, quæ longe inter se diversæ sunt, juris nostri acquisitio, et quæsiti persecutio. Ad jus porro nostrum pertinet acquisitio dominii: ad juris hujus persecutionem in rem actio. Distinctæ igitur harum rerum tractationes, neque hæ eodem loco permiscendæ. Quod si etiam de ordine istarum rerum quæritur, non alium in his tractandis servari oportuit quam quem hic secuti sumus. Natura enim docet prius esse, ut sit aliquid nostrum: sic deinde, si opus est, de eo vindicando agatur; fitque omnino præpostere, si cui prius actionem in rem demus de re sua, quam hoc consisterit quid sit suum cujusque, unde intelligat quid tanquam suum possit vindicare; quod tamen in Pandectis insigni quadam distantia factum videmus: ubi libro sexto proponitur rei vindicatio dominis ad res suas vindicandas, ac vix tandem extremis pene Pandectis, idest libro quadragesimo primo, agitur de acquirendis rerum dominiis sub titulis de acquirendo rerum dominio, de acquirenda possessione, et de usucapionibus.

IV. Redeo igitur ad definitionem, rei vindicationem competere domino: eum dominum esse, eoque et huic competere in rem actionem, qui quovis jure constitutis ad acquirendum modis dominium acquisivit, *d. L. in rem.* Adjiciendum est, et quæsitum, nec amissum retinet. Nam et dominium recte quæsitum, itidem ut res cæteræ, suis modis amittitur: de quibus item modis in constitutione dominiorum diximus. Qui dominium amisit, tam dominus non est quam si dominium nunquam quæsivisset. Eo fit ut, quemadmodum rei vindicatio ei non competit qui dominium nunquam quæsivit: sic nec ei competat a quo quæsitum recessit, quia uterque pariter non est dominus. Ideo si cui in diem addictus sit fundus, idest venditus et traditus hac lege ut, si alius intra certum tempus meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emptione: sic hujus emptoris conditio est, inquit Ulpianus, ut antequam adjectio ab alio facta sit et ita melior allata conditio, emptor uti in rem actione possit; postea non possit, *L.* (5) *si quis hac lege*, 41. *D. de rei vind.* scilicet, quia ante emptor dominus, post allatam conditionem re inempta facta, dominus esse desinit, *L.* 2. *D. de in diem add.* Si ergo is dominus, ut dixi, qui dominium justis modis acquisivit, et idem nec amissum retinet. Atque hic demum est cui in rem actio competit. Dominum esse constat etiam eum qui nudam proprietatem iisdem ex caussis quæsitam habet ejus rei cujus (6) ususfructus alienus est, *L. recte*, *D. de verb. sig.* Ideo et ei rei vindicationem damus, L. *fructus*, 33. in fin. *D. de rei vind.*

V. Sed an omni domino hæc actio competit; an semper, et sine exceptione? Et nisi de tigno alienis ædibus juncto agatur, aut nisi quid voluntas et factum domini decessorisve ejus eum removeat, dicemus (7) omni et semper competere. Idque ita est,

(4) Et hic quoque actio directa, qua agi potest et contra priorem dominum, Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 1. §. 2. Cont. 1. *Disput.* 12. ac male DD. vulgo, qui utilem actionem dari censent, quod utile sic dominium acquiratur, vid. *supra Lib.* 5. *Cap.* 29. *N.* 1.

(5) Ubi male alii libri pro *adjectio* habent *addictio*. Elb. Leonin 1. *Emend.* 12 *n* 1. Quare et is cujus res usucapta est, ne quidem si illa ad tertium possessorem venerit, ejus vindicandæ jus habet, ut recte contra alios Vasq. 2. *Ill.* Q. 54. *n.* 12.

(6) *L.* 25. *de V. S.* ubi Cujac. et Gœd. *n.* 2. *et n.* 12. vid. *supra Lib.* 10. *Cap.* 2. *n.* 6. *etc.*

(7) Et soli, scilicet directa: Utilis autem vindicatio et aliis qui quasi domini, ut Emphyteutæ *supra Lib.* 9. *Cap.* 14. *n.* 4. super-

ut neque dominii qualitas, neque possessoris bona fides, neque extranei cujusquam factum in re alienanda quæ vindicatur, hanc actionem domino adimat. Primum non dominii qualitas. Esto, dominium quis sic constitutum habeat ut non sit stabile, sed habeat constitutum ad certam conditionem, qua exsistente, dominium ab eo recessurum sit. Placet eum non eo minus interim recte rem vindicaturum, (8) *L. non eo minus*, 66. *D. de rei vind.* Et recte, utpote interim dominum. Exempla hæc sunt. Testator fundum quemdam suum legavit Titio sub conditione, si navis ex Asia venerit. Pendente conditione heres hujus fundi legati dominus est, *L. et post.* 12. §. 1. *D. fam. erc.* Succedit enim heres ab initio in dominium defuncti in iis rebus quæ defuncti fuerunt, nec legato exemptæ in hereditate manserunt, *L. cum heredes*, *D. de acq. poss.* Ac talis est res legata sub conditione, priusquam conditio exstiterit. Sed tamen in hac re ita est heres interim dominus ut, legati conditione exsistente, recessurum sit ab eo hoc dominium. Dicimus nihil hoc obesse quominus interim fundum legatum recte vindicet, quem interim dominum esse agnoscimus. Item, cui fundus addictus est in diem, id est venditus et traditus hac lege ut, si alius intra Calendas meliorem conditionem attulerit, fundus sit inemptus, *L.* 1. *L.* 2. *D. de in diem add.* etiam hic emptor ante allatam meliorem conditionem fundi dominus est, sed is a quo dominium abeat meliore conditione allata. Nihilominus et hunc jam ante diximus interim actione in rem uti posse; qui, post allatam conditionem dominio amisso, amplius uti non potest, *d. L. si quis hac lege*, *de rei vindic.* Secundo loco nihil hic domino nocet possessoris fides in re acquirenda. Emerit quis licet rem alienam maxima bona fide, et venditori tanquam domino pretium solverit. Nihil hic aut possessoris æquitas, aut pretii ab eo soluti damnum impediet quominus dominus ab eo rem suam vindicet et auferat, etiam pretio non soluto, (9) *L.* 3. *C. eod.* Quorum prius etiam ad possessoris personam pertinet, de qua postea: posterius magis ad judicii hujus potestatem. Postremo minime omnium obstiterit domino rem suam vindicanti alienantis persona, a quo possessor rem de qua agitur acceperit. Vendiderit puta, mater fundum filii. Matri quidem summus debetur honos a filio. Non tamen efficiet alienatio (10) matris

ficiario *d. Lib.* 9. *Cap.* 17. *n.* 3. add. Valasc. *Jur. Emphyt.* *Q.* 33. *n.* 9 Et hi quidem ipsius fundi ædiumque vindicationem habent, uti et servitutis illis debitæ, quod jus non est fructuario, Cujac. *Lib.* 2. *de Feud.* *Tit.* 9. Neque enim hic dicitur jus tantum peti, ut *tit. D. si us. pet. et si serv. vind.* sed ipse ager vectigalis *tit. D. si ag. vect. pet.* Quare vindicatio quoque utilis dirigitur in ipsam rem corpoream, ac aliud est vindicari jus rei inhærens, aliud rem respectu juris quod in eo corpore quis habet: Attamen haud apte inde dominium utile adstruitur, sicuti ex eo quod utilis actio hypothecaria sit, inepte quis arguet utilem hypothecam, Cujac. in *Lib.* 21. *Pauli ad edict. ad L.* 74. *hoc tit.* et ex eo quod utilis actio in personam inepte utilem obligationem vel contractum, directo oppositum, vid. *supra Lib.* 9. *Cap.* 14. *n.* 28. Sic quoque utilis vindicatio datur rei emptæ ab alio ex nummis meis, certis casibus *L.* 8. *C. h. t.* vid. *supra Lib.* 5. *Cap.* 2. *n.* 15. Scip. Gentil. 1. *de Don. int. vir.* 29. Wes. *in h. t.* *C. n.* 7. Coler. *Decis.* 286. *n.* 81. *et seqq.* Et 10 casus ex Placentino refert Nicol. Carbon. *Practicæ Lib.* 1. *C.* 2. *n.* 37.

(8) *L. plerunque* 205. *de R. J.* Etsi enim non perfecte nostrum esse videatur *L.* 139. §. 1. *eod.* tamen medio tempore dominium sua vi non destituitur. Vid Cujac. 2. *QQ. Pauli in d. L.* 66. et omnino Tiraq. *de Retr. Conven.* §. 2. *gl. un. n.* 36. *et seqq.* Petr. Fab. ad *d. L.* 205. *et* 3. *Semestr.* 6. Confer Virg. Pingicz. *Q.* 25.

(9) *L.* 23. *C. h. tit.* ubi similes *LL.* annotat Goth. quibus adde *L.* 16. *Cod. de evict.* Valet equidem venditio rei alienæ, verum in venditoris at non in domini præjudicium Coler. *Cons.* 30. *n.* 141. Obrecht. *Disput.* 11. *P.* 2 *n.* 72. Plane si pretium illud in utilitatem domini convertit venditor, restituendum emptori, ut in *L.* 65. *pr. hoc tit.* *L.* 19. *Cod. de Procur.* Virg. Pingicz. *Q.* 49. *n.* 17. Unde si maritus, re uxoris vendita, in usum conjugis pretium impendit, uxor rem ab emptore vindicans pretium ei afferat oportet, Sich. ad *L.* 3. *Cod. hoc tit. n.* 4. Landr. *Lib.* 3. *Artic.* 7. Jure Saxonum Judæi nec res furtivas emptas reddunt, nisi recepto pretio, Zobel. *Diff. jur. Civ. et Sax.* 31. *n.* 11. *P.* 1. Cujusmodi privilegia ac statuta improbanda censet Virg. Pingicz. *Q.* 49. *n.* 19. ubi et *n.* 20. iisdem non teneri studiosos.

(10) Et ita nec persona conjuncta potest rem vendere alienam in præjudicium domini. Ideoque nec maritus paripherna uxoris *d. L.* 3. ubi Sicard. *n.* 2. hoc notandum censet, contra usum Germaniæ. Quando alienata a marito uxor vindicet vid. Frid. Pensold. *Ad tit. ad* Coler. *Decis.* 223. Nec potior conditio emptoris ejus qui emit a patre vendente res filii per LL. plerasque citatas *infra n.* 7 *sub fin.* argument. a contrario. Quin et eum patrem cogi ut consentiat filio acturo et res repetituro post alios tradit Pinel. in *L.* 1. *Cod. de bon. mat.* *P.* 3. *n.* 79. *pag.* 390. et insuper vindicare posse rem nomine filii, *ibid. n.* 73.

quominus ea contempta filius rem suam vindicet. *d. L.* 3. *L. cum a matre, C. eod.* Nempe ideo quod mater dominium filio quæsitum facto suo adimere ei non potuit: sic enim dictat ratio naturæ, neminem alterius conditionem deteriorem facere posse, *L. solvendo. D. de neg. gest.* Ita filius, etiam post venditionem matris, dominus manet ut ante fuerat. Quod si damus, etiam illud sequitur, ut ei tanquam domino actio in rem competat.

VI. Sed quod supra indicavi, non est hoc perpetuum ut semper competat domino in rem actio. In eo hæ sunt exceptiones. Interdum domino negatur hæc actio ipso jure; interdum ipso jure competens justa aliqua exceptione summovetur. Denegatur ipso jure in una specie tigni alienis ædibus juncti. De rebus nostris, quæ alienæ rei junctæ sunt et cohærentes, propter prævalentiam ei rei cedunt, ita jus est ut, quandiu cohærent, vindicare non possimus: quia dominium ejus rei quemadmodum totius corporis juncti dominus est, ita necesse est et dominum haberi singularum rerum cohærentium tantisper dum ejusdem corporis partes faciunt. Sed possumus ad exhibendum agere ut res nostra juncta separetur: ac separatam sic recte vindicamus. *L. in rem*, §. *item*, *D. de rei vind.* Verum hoc ita jus est in cæteris rebus. In tigno juncto hoc proprie servatur ut, si quis tignum nostrum, puta lapides, ligna, junxerit suis ædibus, dum ex materia nostra ædificat in suo aut materiam nostram in ædificium suum confert, nos quidem materiæ domini maneamus ut prius; verumtamen quandiu tignum cohæret, neque id vindicare possimus, neque de eo ad exhibendum agere, ut separetur. Effectum hoc lege duodecim tabularum, ne si cogeretur dominus tigna aliena separare, cogeretur eadem opera demoliri ædes, atque hoc modo deformaretur publicus adspectus urbis. Quod tamen ut careret injuria, proposuit eadem lex domino tigni actionem in duplum de tigno juncto adversus eum qui sua sponte nollet tignum eximere: hæc in *d. L. in rem*, §. *ult. de rei vind.* apertius in *L. adeo*, §. *cum in suo*, *D. de acq. rer. domin.*

VII. Est etiam interdum, cum quæ ipso jure dominio competit in rem actio, ea justa aliqua exceptione removeatur. Nascuntur hujusmodi exceptiones partim ex facto ipsius domini, partim ex facto decessoris ejus. Ex facto domini, quoties is cum possessore quid gessit, quo eum pro domino aut legitimo possessore vel agnoscat volens, vel jure agnoscere cogatur. Hujusmodi facta sunt quatuor, atque huic possessori totidem exceptiones ad intentionem dominii removendam. Primum, si in controversia de proprietate transegit dominus cum possessore et pactus est se illi de ea amplius controversiam non moturum. Secundum, si possessor domino deferente juravit se dominum esse, aut illum non esse. Tertium, si dominus judicio egit in rem, et possessor eo judicio absolutus est. In pacto quidem manifesta voluntas domini ostenditur volentis possessorem pro tali haberi et manere. Sed non minus eadem voluntas et consensus ejus est in jurejurando ab eo delato, et in judicio ab eo instituto. Hoc enim dicit qui jusjurandum possessori defert, ut sit is perpetuo possessor et maneat sine controversia, si juraverit: unde et jurisjurandi actio et exceptio proficisci dicitur ex conventione, *L. sed etsi servus*, *L. qui jurasse*, §. *ult. D. de jurej.* Et qui judicio agit cum possessore, hoc suscipere et convenire cum reo intelligitur, ut quod judicatum erit, id sequatur: proinde ut possessori ipsi, si vincat, desinat controversiam facere, et is pro justo possessore habeatur: unde et judicio dicitur contrahi, *L.* 3. §. *idem scribit*, *D. de pec.* Utut hæc conventio in his factis se habeat, certe ex his nascuntur possessori communes et ordinariæ exceptiones hæ, pacti conventi, jurisjurandi, rei judicatæ: quibus constat jure communi omnem reum tutum esse adversus eum a quo illa facta nata sunt. *Inst. de except.* Ita his etiam consequitur possessor, ut dominus eum sive velit, sive nolit, pro justo possessore agnoscere cogatur. Sed minus mirum est et his exceptionibus dominum removeri. Competunt enim adversus eum qui vindicet ex vetere caussa dominii, adversus quam illa intercesserunt, pactio, jusjurandum, res judicata. At quid, si dominus egit quid cum possessore tunc cum ipse adhuc dominus non esset; deinde ex nova caussa dominium nactus, ex ea postea rem vindicet? Et hic locum habet quartum factum illud, quod dixi, quo et ipso in hac specie dominus removetur. Id factum tale est, cum quis vendidit et tradidit emptori rem alienam, cujus postea dominus factus est; puta cum domino successisset. Nihil ad rem facit nova dominii caussa quominus venditor, si ex ea caussa rem a se venditam ab emptore vindicet, exceptione summoveatur, *L. si a Titio*, 72. *D. de rei vind.* At qua exceptione? Doli quidem, seu in factum comparata, ut est in *L.* 4.

*§. si a Titio, D. de dol. ma. except.* sed cujus æquitas ex tacita conventione et agnitione simili superioribus nascatur. Cum enim venditor rem tanquam suam vendidit et tradidit, etiam emptorem pro domino esse voluit. Et vero ita voluit ut, si dominium non transferret et res emptori evinceretur, se illi ob evictionem obligaret, *L. ex empto*, in prin. *D. de act. em.* Re igitur evicta, haberet emptor ultro actionem adversus venditorem eo nomine. Quanto magis, venditore vindicante, habere debet adversus eum exceptionem ad rem retinendam? Et ita est regula juris in hæc verba: Cui damus actionem, ei multo magis exceptionem competere quis dixerit, *L. invitus*, *§. 1. D. de reg. jur.* In quam sententiam et illud vulgo recte dictum est, (11) quem de evictione tenet actio, eumdem agentem exceptione summoveri ex *L. vindicantem*, *D. de evict.* Non solum autem hoc genere facti removetur ipse venditor qui postea dominus factus est; sed etiam hujus venditoris secundus emptor, in quem solum dominium transtulerit: Propone hoc modo: Venditor rem quæ Sempronii erat, vendidit Titio et tradidit. Is venditor postea Sempronio domino successit, quo jure et dominus esse cœpit rei a se venditæ; cumque forte priore emptore peregre profecto, rem possessore vacuam occupasset tanquam dominus; is iterum hanc ipsam rem vendidit alii, et tradidit. Jure hic secundus emptor dominus est, qui rem per traditionem a domino accepit, *§. per traditionem*, *Inst. de rerum divis.* et quia a domino tum cum dominus esset accepit solus, ideo et solus est dominus. Quid ergo, si priore emptore reverso, et possessione rei recepta quam animo retinuerat, secundus iste emptor idemque rei dominus rem ab eo vindicet? Placet, sicut removeretur venditor ipse si ageret, æque et hunc emptorem eadem exceptione removeri, *d. L. si a Titio, de rei vind. L. 4. §. si a Titio, de dol. ma. excep.* Atqui nihil hic secundus cum priore emptore gessit, quo eum pro domino agnosceret, sed nec in dominio acquirendo quidquam doli admisit. Unde igitur hæc adversus eum exceptio? Ex (12) persona auctoris; de quo ita jus est, ut quisquis jure et accessione auctoris utitor, eamdem exceptionem pati debeat quam auctor ipse si vindicaret, *L. 4. §. de auctor. D. de dol. ma. ex.* Congruit regula juris, Ex qua persona quis lurrum capit, ejus et factum eum præstare debere, *L. ex qua persona*, *D. de reg. jur.*

VIII. Ex facto decessoris removetur rei vindicatio, herede eodemque domino rei vindicante, si decessor cui dominus rei heres exstitit, quid fecerit eorum quæ supra diximus, propter quod ipse, si rem vindicaret, superiore aliqua exceptione summoveretur. Quæ exceptiones adversus aliquem competunt, eædem si in rem sint, et adversus heredem defuncti transeunt. Sic enim est conditio successorum, ut qui in jus dominiumve alterius succedunt, eodem jure uti debeant, *L. qui in jus*, *D. de regu. jur.* Ex una specie superiorum de cæteris judicium fiet. Mater fundum qui filii erat, vendidit. Jam ante diximus, non ideo dominium a filio recessisse; proinde filium dominum mansisse qui prius fuerat. Si tamen hic matri successerit et hunc fundum vindicet ab emptore, quanvis vere suum vindicet, placet tamen eum pro qua parte heres est, doli mali exceptione summoveri, *L. cum a matre*, *C. de rei vind.* Nempe ideo quia mater si eum fundum ab emptore vindicaret, hac exceptione removeretur, ut ante diximus, L. *vindicantem*, *D. de evict.* (13) Heres autem eodem jure utens, iisdem exceptionibus

(11) Vid. Caballin. *de Evict.* §. 5. *n.* 2. qui hanc regulam 4. modis restringit. Qua de re forte alibi.

(12) At rationi huic obsistere videtur *d. L. 4. §. 27. et seqq. et §. 31. infra Lib. 22. Cap. 6. sub. fin.* Quare aptior fortassis ratio P. Fabri 2. *Semestr.* 17. *pag.* 277. quia statim atque venditori acquisitum dominium fuit, confirmata emptio et traditio priori facta ex post facto putatur. Atque ita antequam posteriori venderet, ab eo dominium abscessisse videtur. Quæ tamen non tam mero jure quam æquitate sustinentur *d. §. 32 v. æquius est.* Unde si eam rem tertius detineat, adversus illum hic prior emptor utili actione experietur, non directa, argum. *L. 41 de reg. act.*

(13) Hinc vulgatissimum axioma: Heres præstat factum defuncti. Quod præter *d. L. 14* probatur *L. 31. D. L. 7. Cod. de lib. cau. L. 3. L. 5. Cod. de reb. al. non al. L. 24. Cod. de donat. L. 10. Cod. de solut. L. 22. de pignor. L. pen. Cod. de rest. mil. L. 73. D. L. 14. Cod. de evict. 2. Feud. 58. §. 2. etc.* Cujus ratio in *d. L. 7. Cod. de lib. ca.* quia adeundo hereditatem in id consensit. Et facit *L. 149. L. 175. § 1. de R. I.* ac quod heres eadem persona cum defuncto, indeque factum defuncti censetur factum heredis, et contra Tiraq. *de Retr. lignag. §. 1. Gl. 9. n. 48. et seq.* Quare, ut quis suum factum impugnare nequit, ita etc. Quam rationem aliis solidiorem statuit Jac. Schul. *Addit.* ad Modest Pist. *P. 4. Q. 140. n. 6.* ubi *n. 8.* rationem ejusdem reddit, quia turpe sit factum suum improbare. Turpitudinem autem alte-

ceptionibus subjicitur. Quod si in hac specie recipimus, multo magis in cæteris illis exceptionibus recipiendum est, pacti, jurisjurandi, rei judicatæ, quas decessor vivus in re quæ ipsius propria facta est, in se junxit.

IX. Quæsitum est, num inter ista facta quibus dominus removetur, numerari debeat, si quis alio rem vindicante, aut possessore convento, ei in ea caussa advocationem præbuerit tanquam domino, et actor aut reus cujus caussa agebatur, victus sit. Quæritur, inquam, an hic qui victo adstitit, si cognoverit postea rem suam fuisse quam alteri defendebat, possit eam a possessore eodemque victore vindicare, an potius propter advocationem superiorem debeat exceptione removeri. Nec abs re est quod quæritur. Occurrit enim duplex caussa cur videatur removeri debere. Primum quod contra eum cujus caussam agebat, res judicata est, qui potuit ob eam caussam rei judicatæ exceptione repelli. Par videri potest, ut et defensor ejus caussæ eadem exceptione removeatur. Tum autem hic advocatus, eum quem defendebat dominum agnoscendo, simul se non esse agnovit; quia ejusdem rei duo in solidum domini esse non possunt, *L.* 5. §. *ult. D. com.* Et (14) placuit hoc factum advocato rem suam vindicanti quam prius suam esse ignoraverat, nocere non debere, multumque in hac re interesse inter officium advocationis et rei suæ actionem defensionemve, *L. inter, D. de rei vindic.* Merito. Ut enim de superioribus objectionibus respondeam, nihil est neque in re judicata, neque in existimatione advocati, quod illi in hac caussa obesse debeat. Res judicata est adversus actorem aut reum, quorum de re agebatur quique erant domini litis: at non item adversus advocatum, qui neque rei neque litis dominus fuit. Non mirum si prioribus exceptio rei judicatæ nocet; advocato non nocet. Quod autem is rem tanquam actoris aut rei propriam defendit, sane qua existimatione in hac defensione putavit illorum esse propriam, eadem et suam non esse agnovit. Sed non ideo vere agnovit, aut hæc agnitio illi nocere debet. Defendit enim tanquam alienam, et tanquam talem agnovit errans, dum suam esse ignorat. Nemo errans rei suæ dominium amittit, *L. si procurator*, 35. *D. de acqui. rer. dom.* quia non consentiunt qui errant, *L. si per errorem*, *D. de jurisdict. L.* 2. *D. de jud.* Et ut maxime quis proponeret advocatum de dominio rei suæ in jure errantem; tamen ne juris quidem error cuiquam nocet in damnis amittendæ rei suæ, quale hoc est de quo agitur, *L. error D. de jur. et fact. ign.*

X. His caussis remotis, propter quas rei

gans suam non audiatur. Verum firmior ratio petita ex *d. L.* 7. Consentiens enim in in actum alterius perinde jura sua perdit atque si ipse eum fecisset, qua de re Tiraq. *post LL. Connub. Gl.* 5. *n.* 145 *et seqq.* Cæterum obtinet hæc regula pro portione hereditaria, quatenus nempe et in quantum quartem heres quis est, quod eximie declarat Pinel. in *L.* 1. *Cod. de bon. mat.* *P.* 3. *n.* 79. quem de hujus regulæ vi et potestate, extensionibus itam ac exceptionibus fuse tractantem adi, uti et Tiraq *d. Gl.* 9. *n.* 17. *et seqq.* Roderic. Suarez. *in Repetit. L. quoniam* 32. *C. de inoff. test. ampliat.* 7. *n.* 7. *et seqq.* Afflict. *Decis.* 112. exacte Decian. *Cons.* 13. *Vol.* 3. Mod. Pist. *P.* 1. *Q.* 15. *et P.* 2. *Q.* 91. *et P.* 4. *Q.* 110. ubi Jacob. Scult. in *Addit.* Virgil. Pingicz. *Q.* 31. *n.* 59. *et seqq.* Cacheran *Decis.* 180. Vigel. *Meth. jur. Contr. Lib.* 3. *C.* 13. *Regul.* 24. *except.* 1. *replic.* 2. Vult. *Cons. Marp.* 21. *n.* 22. *et seqq. Vol.* 3. Anton. Fab *Cod. subtit. de hered. act. defin.* 4. et remissive plures citans Blas. Florez. Diaz *Addit. ad Decis.* Gammæ 67. *P.* 1. Confer Hart. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 7. *n.* 7. *et seqq.*

(14) Ubi ratio dubitandi. Videtur nocere confessio præcedens judicialis, quia dum intendit rem esse alterius, cui adstitit, suam non esse fassus videtur. Ratio decidendi non quod nuda voluntas non satis efficax, qua dominium transeat, ut Sich. in *L.* 18. *C. h. t. n.* 2. et Goth. in *d. L.* 54. nec quod confessio transferendi dominii modus non sit, ut Stuticus *Obs. Pract. Cap.* 19. *n.* 22. Neutra enim ratio accommoda, quia nec hic adest voluntas errantis, sed vera confessio. Sed ut Donellus noster hic: quia confessio erronea vera non est nec error nocere potest, *L.* 18. *Cod. hoc tit. L.* 22. *C. Fam. erc.* et immo confessio etiam tacita, seu quæ per consequentiam actus gesti elicitur, vindicantem doli exceptione submovet, *L.* 11. *Cod. de evict.* Accedit quod confessio absente adversario non nocet, *L.* 6. §. 3. *de confess.* nec alii quam cui facta est prodest. Hic autem dum alii vindicanti assistebat, confessio, si quæ inde eliceretur, non ei tamen facta esset; sed contra eum aliumve tunc possidentem, quæ et a parte adversa quam tunc habuit, non admissa sed reprobata fuit. Quocirca, nec si sciverit prius rem sui clientis non esse, a vindicando repelletur. Etsi aliud obtineat in querela inoffic. *supra L.* 19. *C.* 6 *n.* 11. vers. *non modo*, quia ibi semel agnitum testamentum reprobari nequit, et ibi ignorare non potest voluntatem defuncti qui eandem impugnat, addit. Pac. 1. *Q.* 47. Bernard Autumnus *in not. ad* Langlæ. 1. *Semestr.* 1. *lit. Q.*

vindicationem domino denegari aut, domino jure vindicante, actionem exceptione removeri diximus, redeundum est ad regulam et hoc tenendum, extra has caussas actionem in rem domino omni et semper competere. Sed utique dominum esse oportet qui hac actione utitur: et qui vindicat, rem suam tanquam suam vindicare, ut talem esse intendat. Hinc exsistit incommodum in hac actione instituenda: quod quia utile est actori aut vitari aut minui, ut nihilominus rem suam consequatur; ideo hic locus est de eo cognoscendi videndique quantum sit id incommodum, si hac actione utatur: et quodcunque id est, an etiam possit id vitare alia via agendo et simul ad jus suum pervenire. Id incommodum est necessitas probationis. Quia enim qui hac actione agit, dicere et intendere debet rem suam esse quam petit, et se dominum esse; etiam hoc regulæ juris ab eo exigunt, ut quia dicit et quia actor est, id probare debeat, *L. 2. D. de prob. L. actor. C eod.* Unde et petitoris (15) onus dictum est in usu juris; quo verbo significatur hæc probandi necessitas, *L. is qui destinavit, D. de rei vindic. L inter, D. de jud.* Onus ideo majus quia dominum se esse probare difficilius; et quia re non probata actor vincatur, periculosius. Hic ergo duo quæsita sunt. Primum in hac necessitate oneris quantum actor de dominio suo probare

(15) Non tam inde quod possessor titulum habere præsumatur (nam cum sit facti, non præsumitur, et titulus ac possessio inter se differunt, Menoch. *Adip. possess. Remed.* 4. *n.* 736. *et seq.*) quam quia actor titulo et jure carere putatur quamdiu non probat, unde in dubio sententia pro reo et possessore pervulgata, Vasq. 2. *Ill. Contr.* 86. *n.* 7. Et quia assertio actoris in facto consistit, ea probanda, maxime cum jure naturæ primævo res omnes communes fuerint, idem 2. *Ill. Contr.* 51. *n.* 15. Eademque necessitas etsi contra furem aliumve violentum possessorem experiatur. Neque enim adversus eos ut tales vindicatio est, sed ut adversus quosvis possessores §. *ult. I. de obl. quæ ex delicto Gl. in L.* 7. §. 1. *de cond. furt.* Bellon. 4. *Supput.* 11. *n.* 3. Mascard. *de Probat. Vol.* 1. *Concl.* 536. *n.* 12. Etsi Bartolus, aliique relati *ibid. n.* 10. *et* 11. contra voluerint, ut et Boer. *Decis.* 42. *n.* 6. ac Vasq. 2. *Ill. contr.* 70. *n.* 20. Sueidvin. *in* §. 1. *I. de act. n.* 74. Marauta *in Singularib. lit. E. initio per L.* 8. §. 2. *de præscr.* 30. *ann.* sed male. Nam si tunc probationem refugere velit is cui vis illata, possessoriis remediis aliisve in personam actionibus experiatur oportet. Ludov. a Peguera *Decis.* 120. Coras. ad *L.* 12. §. 1. *de acq. poss. P.* 2. *n.* 10. Petr. Barbosa ad *L. si alienam* 11. *ipsi* 12. *D. sol. matr. n.* 4. *et* 5. *ac n.* 51. *et seq.* ubi ad *d. l.* 8. §. 2. resp. Unde nec probandum quod iidem Boer. *d. Decis.* 41. *n.* 7. et Vasq. *d. c.* 70. *n.* 21. prodidere, probationem hanc non requiri, quando dominus rem suam vindicat ab iis quibus ipse commodavit vel deposuit. Nam eo ipso, inquiunt, quod caussam a me habent, nec ex sola præsenti possessione dominus præsumor. Quibus succinit Menoch. 6. *Præsumpt.* 63. *n.* 6. *et* 2. *seq.* et fere Tiraq. *de Jure primig. Q.* 17. *Opin.* 11. *n.* 26. dum tradit potiorem esse conditionem possidentis etiamsi actor sit, ut nec tunc cogatur probare. Ast immo cum ægre et post multam contentionem obtinuerit ab his vindicari posse, ut *C. seq n.* 3. absurdum plane potiorem hic in probando conditionem petitoris constituere, qui immo nec in hoc judicio intendere potest se commodasse, etc. aut contractus fidei innixi. Alioqui termini actionum toto genere diversarum confunderentur, vid. *C. seq. N.* 7. Accedit quod commodatarius et depositarius dum reddere rem domino injuste detrectant, eo ipso furtum rei faciunt, possessionem domino (saltem naturalem, quam antea tenebat per eos possidendo) aripiunt, atque dum sibi suoque nomine habere incipiunt, possessores ipsimet efficiuntur tametsi injusti. Jam vero neque Vasq. *d. loc. n.* 22. contendit ex præterita possessione non præsumi dominium. Quocirca Brocardicum DD. quod qui habet caussam a me, nequeat mihi dominii quæstionem referre, Men. *d. lo. n.* 7. obtinebit quando ex ea ipsa caussa agitur, seu cum in illa actor suam intentionem fundat, quod utique solum fit in actionibus in personam, veluti hic Commodati, Depositi. Petr. Barbosa *d. lo.* Donellus noster *ad L.* 10. *C. de pig. act. n.* 14. Nam cum actione in rem ab hisce petitur, non certe spectantur ut qui commodato aut deposito accep erant; sed ut qui naturaliter tenent ac rei restituendæ facultatem habent, *L.* 9. *in fi. h. t.* junct. §. 1. *I. de act.* Nec consecutio firma est si dicas: Habet caussam a me: Ergo me fatetur dominum. Cæs. Ursill. *in annot. ad Afflict. Decis* 40. *n.* 1. Nec ad rem facit exemplum Menochii *d. lo. n.* 8. quod fideicommissario fiduciarius objicere nequeat testatorem non fuisse earum rerum dominum. Nam nec ex fideicommisso universali actio in rem datur, vid. *supra Lib.* 7 *C.* 13. (fideicommissaria enim hereditatis petitio adversus alium est pro herede prove possessore possidentem, *infra C.* 8. *n.* 10) et si daretur, non ea res singulas peteret, sed jus universale ut in petitione hereditatis, vid. *supra Lib.* 19. *C.* 12. Nec ex singulari post exæquationem legatorum, nisi res testatoris fuerit, *supra Lib.* 8. *C.* 36. *n.* 5. Enimvero jure novo si reus negaverit dominium actoris et ita ad probationem compulerit, convicti pœna est ut postea non audiatur alia ejusdem defensio, si dicat sibi in eam rem jus esse hypothecæ vel simile, sed possessio transferatur, vid. *Nov.* 18. *C.* 10. Scip. Gentil. *L.* 1. *de Jurisd. C.* 25.

debeat. Deinde, quantumcumque est illud quod is probare in hac actione debet, si hanc difficultatem velit vitare, an nullo modo id possit et simul suum consequi. Quod primum hic quærimus, quantum in hac actione actor probare debeat de dominio suo. ideo quærimus, quia ut quis sit dominus, diximus duabus rebus constare: ut dominium justa aliqua ex caussa acquisierit, et ut quæsitum non amiserit. Hoc ergo nunc quæritur, an quia utrumque ad constitutionem dominii pertinet, etiam actor utrumque probare debeat. Et ne nos fallant hæ dominii constituti partes, hic monendi sumus prioris illius partis solum probationem ab eo exigi, ut doceat scilicet se ex justa aliqua caussa dominium rei aliquando quæsisse. Hoc probato, illud alterum ab eo non exigemus, ut probet se dominium non amisisse, seu a se dominium non recessisse. Necesse est enim, qui semel dominus esse cœperit, eum perpetuo manere, nisi re mutata dominium ab eo recesserit. Hoc autem a se recessisse non dicit qui se dominum esse intendit, sed si ab aliquo objicietur, objiciet et dicet possessor, ne teneatur: qui quoniam dicit, etiam ex regula juris (16) probare debet, *L.* 2. *L. in exceptionibus*, *D. de proba.* Idque in hac ipsa mutati dominii affirmatione fieri ita debere nominatim rescriptum est in *L. sive possidetis*, in fin. *C. eod.* At enim dominus rem vindicans etiam illud de jure suo affirmat dominium a se non abiisse. Sed hæc facti negatio est, cujus ut per rerum naturam nulla est probatio, ita et jure nullam a negante exigi placuit, *L. actor*, *C. de prob.*

XI. Sed semper domino rem suam vindicanti alterius partis onus imponitur, ut probet eam aliquando justa aliqua caussa sibi quæsitam fuisse, et suam esse cœpisse. Quod nisi fit, certi juris regula utimur, actore non probante possessorem et reum omnem absolvi, quanvis nullam ipse caussam tenendi habeat, L. *ult. C.* de *rei vind. L. qui accusare. C. de eden.* At etiam in eo magna difficultas (17) probationis actori objicitur.

(16) Recte. Nam quod semel nostrum sine facto nostro ad alium pervenire nequit, *L.* 11. *de R. I.* nec recedere a nobis nisi certis jure constitutis modis, Donell. *ad d. l.* 16. *n.* 10. Quare qui contradicit, novum factum allegat, translationem nempe dominii, ideoque probare debet. Vasq. 2. *Ill. Contr.* 59. *n.* 2. *et n.* 11. Neque hoc jus tam ex præsumptione aliqua desumitur quam ex necessitate, certisque juris regulis colligitur; Tametsi inde in ore DD. tritissima regula: Semel dominum etiam hodie censeri. Quo de fuse Alciat. *Reg.* 2. *Præsumpt.* 20. *et seq.* Menoch. 6. *Præsumpt.* 62. Cravetta *de Antiq. temp. P.* 1. §. *viso in hoc n.* 4. *et* 5. *pag.* 94. Mascard. *de Probat. Vol.* 1. *Concl.* 550. Unde et libellum quo petitor intendit rem suam fuisse, sustineri censet Sich. *in d. L.* 16. *n.* 4. Præsumptionem tamen hanc allegandam esse, etsi reus fateatur dominum fuisse, vult Menoch. *Lib.* 1. *Præsumpt. Q.* 48. *n.* 5. sed id quovis judicii tempore fieri posse, ut idem *Quæst.* 50.

(17) Quia juris est, non facti, Geor. Mor. *de Jure venandi P.* 2 *C.* 5. *n.* 22. in sensus corporeos non incurrit, sed solo intellectu et judicio percipitur, cum in jure consistat, Mascard. *de Probat. Vol.* 1. *Concl.* 535. *n.* 4. Wes. *in hoc. tit. Cod. n.* 42. Gilman. *Lib.* 2. *Decis. Cam.* 12. *n.* 4. Nam etsi modis juris gentium quid acquisitum, veluti occupatione aut beneficio rei nostræ, raro interveniunt testes, instrumenta non conficiuntur. Quin etsi confecta, corrumpi possunt, Obrech. *Disput.* 12. *P.* 1. *C.* 6. *n.* 244. Et immo nec ex instrumentis satis exacte probatur *L.* 12. *C. de probat* Mascard. *de Probat. Concl.* 54. *et seq.* Cothman. *Vol.* 1. *Cons.* 56. *n.* 31. *et seqq.* Vital *de jur. Emph. Quæst.* 9. Frid. Martin. *de Jure censuum*, *Cap.* 6. *n.* 1. *et seqq.* quia ad dominium acquirendum possessio necessaria, quæ uti actus corporis, instrumento non probatur, Cothman. *d. lo. n.* 36. *et* 39. Et usu magis formularum a tabellionibus verba hæc: Vendidit rem et tradidit etc. inseruntur, Oldend. *Progym. Act. Cl.* 3. *Act.* 2. *in Practica n.* 5. Nisi tabellio ipse traditioni adhibitus fuerit, Old. *d. lo. per L.* 2. *C. de acq. poss.* aut instrumentum in conspectu rei confectum, Warmser. *Lib.* 1. *Tit.* 50. *Obs.* 13. et nisi inter eosdem agatur. Mascard. *dict. loc. n.* 17 (quod tamen non perpetuum, vid. Valasc. *d. Quæst* 9 *n.* 8.) ac nisi instrumenta antiqua, Masc. *d. lo. n.* 12. *et seqq.* Cothman. *d. Cons.* 56. *n.* 81. Menoch. *Arb. Cap.* 42. *n.* 3. Nam et per famam antiquam plene probari interpretibus visum est, Tiraq. *Præfat. de Jure primigen. n.* 107. Mascard. *Conclus.* 546. Et instrumenta nonnullam hic fidem facere posse judicio ex *L.* 19. *Cod. hoc tit.* vid. Jo. Petr. Surd. *Decis.* 10. Cæterum hæc difficultas major in rebus soli, adeoque harum rerum dominium, remoto præscriptionis usu, exacte probare penitus impossibile apparet, ut Vasq. 2. *Ill. Contr.* 51. *n.* 16. ac recte. Neque enim absque hoc esset unquam ut qui ipse non usucepit, probare dominium auctoris posset. Et ne quidem quando quis primus in vacua venit, aut fundum quem dominus pro derelicto habuit, occupavit, ubi probationem facilem esse statuit Myns. *in* §. 1. *I. h. tit. n.* 40. ea citra præscriptionem quasi quoddam subsidium expeditur. Quia citra eam constare non posset vacuam fuisse, eumve qui animum habendæ rei abjecit, fuisse dominum. Ex quibus etiam liquet verum et plenum

Nam in rebus acquirendis non semper interveniunt testes, multoque minus interponuntur instrumenta, ac præsertim tum cum acquisitio occupatione tantum nostra aut beneficio rei nostræ constat, nec res cum alio geritur. Si testes intervenerint, non semper vivunt; nec si vivant, semper meminisse possunt, aut præsentes testimonium dicere. Præterea in iis rebus quas ab alio traditas accepimus, non est satis probare rem nobis traditam et ex justa caussa; hoc etiam accedere oportet, ut probetur (18)

dominium usucapione acquiri, alias pro rebus soli nunquam dari posset directa rei vindicatio. Etsi enim qui nunc vindicat ex alia quam usucapionis caussa sibi dominium afferat, non aliud tamen in ejus persona esse potest quam in sui auctoris etiam mediati. Eadem difficultas in mobilibus iis quæ, antequam nobis acquirerentur, aliorum fuisse necesse est. Neque exceptio videtur in pecunia numerata (cujus dominium facile probatu statuit ex sola traditione Mascard. *Concl.* 535. *n.* 6. *et* 7. contra *L.* 78. *de solut.*) quoties eadem nummorum corpora separate exstant. Nam si nostris ita commixti ut discerni nequeant *d. L.* 78. itemque si consumpti atque expensi, res ipsa amplius non exstat, proinde adjunctum deficiente subjecto intercidit. Dispar vero in iis, ex quarum conditione sola satis constat antea nullius fuisse, ut si feram quis cepit, gemmas lapillosve in littore maris invenit, tabulam depinxit, novamve speciem confecit, ubi probatio expeditior, Myns. *in* §. 1. *I. de act.* *n.* 39. citra præscriptionum subsidium Vasq. *d. C.* 51. *n.* 21. ubi et si bonæ fidei possessor fructus ex re aliena percepit, juxta ea quæ *supra Lib.* 4. *C.* 24.

(18) *L. nemo* 54. *de R. I. et simil. L.* 10. ibi *si originem rei C. de pig. act.* ubi Donellus *n.* 22. Afflict. *Decis.* 40. *n.* 3. Vasq. 2. *Illust. Contr.* 51. *n.* 16. Mascard. *Conclus.* 535. *n.* 2, *et Concl.* 537. *n.* 10. *et seqq.* Meichsuer. *Tomo* 3. *Decis. Cam.* 8. *n.* 23. Paul. Æmyl. *Decis. Rotæ* 279. *Parte* 1. Quod intellige ubi tempora usucapionum non impleta. Neque in hoc judicio ex possessione præsumitur dominium, Menoch. 6. *Præsum.* 63. *n.* 1. Mascard. *Concl.* 539. *n.* 7. Nec satis est si titulum a vero domino habere doceat, *L. pen. Cod. hoc tit.* Nec si testes dicant eum possedisse diu sem pro sua, publiceque dominum habitum fuisse Menoch. *d. Præs.* 63. *n.* 2. et 5. Masc. *d. Concl.* 539. *n.* 3. *et* 6. Nec si conjunctim possessionem pariter et titulum edoceat, quodque ceu dominus se gesserit, re fruitus sit omniaque quæ domini pro jure suo solent, egerit, Vasq. 2. *Ill. Contr.* 51. *n.* 17. Diss. videtur Ursil. *in Addit. ad Decis. Afflicti* 23. *n.* 13. Ac necesse est ut testes deponant quod emere ex. gr. ac rem tradi, accipi ac possideri viderint, Menoch. *Arb. Cap.* 42. Gilman. *Lib.* 2. *Decis. Cam.* 12. *n.* 7. aliaque juxta naturam cujusque contractus, uti in venditione pretium fuisse numeratum, Myns. *in* §. 1. *I. de act. n.* 41. Menoch. *d. Cap.* 42. vel fidem de eo habitam. Nisi dixeris traditione ipsa effici ut fides habita censeatur, quod reprobatur *supra Lib.* 4. *Cap.* 16. *n.* 11. Utque rationem dicti sui firmam et concludentem reddant, Masc. *Concl.* 547. *n.* 1. Hart. Pist. *Lib. Quæst.* 17. *n.* 4. Quomodo autem dominium auctoris probetur, vid. Masc. *Concl.* 537. *n.* 13. *ac seqq.* et quod satis de eo dicatur constare per famam in factis antiquis, tradit Afflict. *Decis.* 23. *n.* 5. Petr. Barbosa *ad L.* 12 *sol. matr. n.* 86 Wesenb. *Cons.* 21. *n.* 38. Ant. de Gamma *Decis.* 290. Jo. Meichsuer. *Tomo* 3. *Decis. Cam.* 3. *n.* 25. Sane etiamsi petitor se proprietarium dixerit, obtinere tamen eum probato jure finitimo (seu utili, ut vulgo dominio) censet Pinel. in *Lib.* 1. *Cod. de bon. mat. P.* 2. *n.* 8. Quod refellit Corss. *in L.* 12. §. 1. *de acquir. possess. P.* 1. *n.* 11. quia etsi libellus sustineatur, si saltem lato verborum significatu intentionem actoris contineat, tamen nec larga interpretatione vox *proprietatis* adaptari potest utili dominio, sicuti et male putat idem Pinel. *d. lo. n.* 18. sufficere etsi usumfructum suum esse doceat, modo non expresserit rei vindicationem, sed simpliciter se dominum rei dixerit. Cum quo non facio, quia si quod est usufructus dominium πλατυτέρως non est ipsius rei, sed juris ac servitutis in re. Confer. Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 10. Gravius tamen parte alia peccant, qui nec usucapione probata, obtinere volunt qui se proprietarium dixit, Wurmser. *Lib.* 1. *Tit.* 45. *Obs.* 12. *n.* 4. Enimvero nec conjecturæ nec indicia jure prodita hic respuenda *L.* 19 *Cod. h. t.* Wesemb. post alios in *hoc tit. Cod. n.* 44. Menoch. *Arb. Cas.* 42. *n.* 2. Masc. *Concl.* 535. *n.* 5. *et Concl.* 538. Vult. *Cons. Marpurg.* 30. *n.* 113. *et seqq. Vol.* 2. Cujusmodi sunt, si venditor emptorem in possessione rei esse scivit et passus est *L.* 2. *Cod. de acq. poss.* ut nempe inde arguatur traditio. Itemque si colonus qui longo tempore pensionem solvit, postea renuat, nisi ipse dominium probet, indicium dominii habetur diutina possessio, *L. litibus* 19. *Cod. de agric. et cens.* Sich, *ad d. L.* 19. Mascard. *dict. loc.* Hinc res signata ejus esse censeri, qui signis illis utitur, Mascard. *Concl.* 551. Accuratior vero probatio dominii exigitur in judicio hoc petitorio, et quando principaliter in judicium deducitur. Non æque cum in exceptionis modum objicitur, (ante intentionem scilicet actoris fundatam. Ea enim fundata, exceptionis idem jus quod actionis, Coras. *ad L.* 12. §. 1. *de acq. poss.* 1. *Cap.* 2. *n.* 11.) aut cum de eo incidens quæstio, ubi possessio in præsenti facilius præsumitur, vid. Menoch. 6. *Præsumpt.* 63. *et Recup. Poss. Remed.* 11. *n.* 32. *et seq.* Coras. *ad dict. L.* 12. §. 1. *P.* 2. *n.* 9. *et* 10. Vult. *Cons. Marp.* 30. *n.* 118. *Vol.* 2. Mascard. *Concl.* 539. *n.* 8. *et seqq.* Vasq. 2. *Ill. Contr.* 51. *n.* 17. *et Cap.* 70. *n.* 19. Sneidevin. *in* §. 1. *I. de act. n.* 75 *et seq.* Jo. Petr. Surd. *Decis.*

dominum fuisse qui tradidit, quia nemo plus juris transferre possit quam ipse habeat, *L. traditio*, *D. de reg. jur.* At illum dominum fuisse, sæpe æque ubscurum, atque hoc, nos esse dominos.

XII. Hinc ergo quæsitum, quod secundum diximus, nullane esset ratio domino de re sua a possessore obtinenda laboranti istam probationis necessitatem effugiendi, et nihilominus rem suam consequendi. Et cum esset, hoc loco demonstrata est a veteribus, quo dominis et justis possessoribus consuleretur. In quo duæ sunt cautiones.

XIII. Una hæc, ut qui rem petere destinavit, videat prius an aliquo interdicto possit nancisci possessionem. Si potest, det operam ut hoc experiatur potius. Sic enim possessionem nactus, hoc consequetur ut in adversarium partes agendi et una cum actione etiam onus petitoris transferat; ipse qui possidet et cum quo agitur, possessoris commodo fruatur. Hoc (19) in *L. is qui destinavit D. de rei vind.* Onus petitoris jam dixi esse probandi necessitatem, quæ actori incumbit. Commodum autem possessoris est illud ut, si actor non probet se dominum esse, nullam hic propterea probationem exigamus a possessore, sed sine alio jure, sine alia juris sui probatione obtineat maneatque et in suo loco possessio. (20) *L. actor*, *C. de probat.* *L. qui accusare*, *C. de edon.* *L ult. C. de rei vindic.* §. *retinendæ*, vers. *commodum*, *Inst. de interd.* Hinc ubique ut petitoris onus, sic possessoris commodum dici et hæc inter se opponi legimus, *d. L. is qui destinavit*, *de rei vind.* *L. inter*, *D. de. jud.* §. *retinendæ*, *Inst. de interd.* Interdicta ad eam rem usitata sunt, adipiscendæ possessionis, recuperandæ, retinendæ, ut est divisio in §. *sequens*, *Instit.*

10. *n.* 11. Meichsuer. *Decis. Camer. Tom.* 2. *Lib* 2. *Decis.* 4. *n.* 73. *et seqq.* veluti in actione L. Aquiliæ et condictione furtiva, quibus non agitur ut declaretur dominus, sed ut damnum emendetur, vel res restituatur, Coras. *d. n.* 10. Item in restitutione in integrum, vid Oddus. *de Restit. in integr. Par.* 1. *Quæst.* 39. *Art.* 3. Item si agatur de servitute domui meæ debita, quia tunc non tam exacta probatio dominii ædium requiritur, ne duplici probatione oneretur actor, cum utique priuci alis ejus intentio, ex. gr. servitutem impositam esse domui vicini, plene probari debeat. Vasq. *d. Cap.* 51. *n.* 8. Petr. Barbosa *ad L. si alien. n* 11. ipsi 12. *D. solut. matrim. n.* 57. Sneidev. *in* §. *eque* 2. *l. de act. n.* 19. *et seq.* Itemque si dominus negatoria agat, satis sufficienter dominium probat ex possessione ædium quas liberas esse intendit, Myns. 1. *Obs.* 19. Gui. Pap *Decis.* 28. *ibique not.* Stephan. Ranchin. Gilman. *Lib.* 1. *Decis. Cam.* 42. *n.* 1. Sneidevio. *in d.* §. 2. *n.* 36. Plura de his desiderans adeat Menoch. *Arb. Cas.* 42. *et* 6. *Præsumpt.* 62. *et seqq.* Afflict. *Decis.* 23. Boer. *Decis.* 42. Gilman. *Dict. Decis.* 12. Sebast. Medic. *de Conserv. Possess. Parte* 1. *n.* 3. *et seqq.* Cothman. *Vol.* 1. *Cons.* 56. Vult. *Cons. Marp.* 30. *Vol.* 2. Valas. *de Jur. emph. Quæst.* 9. Mascard. *Vol.* 1. *de Probat. Concl.* 535. *et seqq.*

(19) Vid. *l.* 35. *de acquir. possess.* Wes. *Cons.* 21. *n.* 6. Coler. *de Process. Part.* 1. *Cap.* 1. *n.* 8. *et seqq.* Quandoque tamen petitorio statim experiri expedit, vid. Vult. *Cons. Marp.* 34. *n.* 64. *Vol.* 1. *et Cons.* 29. *n.* 196. *Vol.* 2. et Gœdde. *Cons. Marp.* 28. *n.* 253. *Vol.* 3. Monet autem advocatos Palladorius 1. *Rer. quotid.* 10. *n.* 22. ut verbis ad id accomodatis utantur. Possessorium enim interdictum non deduci per hæc verba: peto mihi *prædium* restitui, sed per ista: peto *prædii possessionem* restitui atque reintegrari. Sed quibus verbis petitorium, quibus item possessorium intentatum habeatur plenius, Menoch. *Prælud. Recup. possess. n.* 11. *et seqq.* add. Vult. *Cons. Marp.* 20. *n.* 3. *et seqq. Vol.* 3. Enimvero Franc. Sarmient. 2. *Select. Interpretat.* 13. *n.* 5. putat hoc consilio uti non posse salva conscientia, nisi ad quem res vere pertinet, qui et judicio petitorio obtenturus. Quam recte, alii viderint.

(20) *L.* 14. *ff. de probat.* *L.* 7 §. *ult. de liberal. causa et simil.* Vid. Tiraq. *de Jure primog. Quæst.* 17. *Opin.* 11. Menoch. 6. *Præsumpt.* 69. *et Adip. possess. Remed.* 4. *n.* 794. *et seqq.* Coras. *in L.* 12. §. 1. *de acquir. possess. Part.* 1. *n.* 7. Cæsar. Contard. *in L. diffamari cap.* 4. *n.* 21. *et seqq.* ubi modis aliquot restringit Valasc. *Jur. Emph. Quæst.* 9. *n.* 12. ubi excipit: nisi in petitione juris præsumptio obsistat possessori. Sicuti et Vasq. 2. *Illustr. Contr.* 85. in juribus iis in quibus petitoris intentio fundata est de jure, actorem etsi nihil probet obtinere, nisi reus idemque possessor contra jus suum atque titulum edocuerit. Veluti cum de territorio et ditione principis constat, satis fundata ejus intentio. Unde si alius sit in possessione jurisdictionis, controversia mota ipse probet necesse est, vid. Vasq. *d. Cap.* 85. *et seqq.* (ubi *n.* 4. *et seq.* contra obtinere si possessio diutina) et Curt. Junior *Cons.* 184. *n.* 8. scite Wes. *Cons.* 4. *n.* 71. Knich. *de Sublimi territ. Jure Cap.* 5. *n.* 98. *et seqq.* et *Encyclopædiæ Cap.* 1. Meichsner. *Decis. Camer. Tom.* 2. *Lib.* 2. *Decis.* 3. *n.* 2. *et Tom* 3. *Decis.* 23. *n.* 20, *et seq. ad Decis.* 33 *n.* 30. 48. *et* 51. *et Tom.* 4. *Decis.* 17. *n.* 22. Valasc. *de Jur. Emphyt. Quæst.* 8. 20. *et seqq.* Unde et emphyteutæ, vasalli, censiti, si se tales agnoscant, sed de finibus possessionum et quousque onerata sint prædia contentio, titulum suæ possessionis edere et probare tenentur, vid. Valasc. Q. 8. Frid Martini *de Jurcensuum Cap.* 8. *n.* 249 *et seqq.*

*de interd.* Adipiscendæ, ut quod legatorum, propositum heredi, ut quam rem legatarius ex hereditate tanquam sibi legatam sua auctoritate occuparit, hanc restituat. L, 1. D. *quod leg.* Quid ergo, si heres eam rem, tanquam suam et minime legatam, velit vindicare? nempe recte faciet, si potius utetur superiore interdicto ad possessionem adipiscendam, quam primo quoque tempore sine alia dominii quæstione recepturus est. Recuperandæ, unde vi, proditum ei qui vi de fundo dejectus est, ut eo sine exceptione restituatur, §. *recuperandæ*, *Inst. de interd.* Retinendæ, uti possidetis. de rebus soli, et utrubi de rebus mobilibus, propositam ei qui rem de qua agitur, nec vi, nec clam, nec precario possidet ab adversario, §. *retinendæ*. *Inst. de interd.* Qui igitur ita possidet, si ei fiat controversia proprietatis ab eo qui nihilominus eam rem teneat; quanvis forte vere dominus sit, et speret se rem vindicando auferre posse pleno jure, tamen consultius faciet si utatur potius interdicto possessionis sibi retinendæ caussa, quam si ultro vindicet, ubi repudiato commodo possessoris reus petitoris ultro in se subeat.

XIV. Quod si qui in rem agere volet, destituitur omni interdicto ad possessionem sibi constituendam, sed proxima cautio est ex edicto prætoris ad vitandam difficultatem dominii, ut scilicet, experiatur Publiciana actione. Hæc enim proposita est ei, qui, rem ex justa caussa sibi a non domino traditam bona fide accepit: ut quanvis a fure acceperit, tamen omni possessori præterquam domino rem auferet, *L. 1. D. de Publicia. §. namque, Inst. de interdict.*

## C A P. III.

Adversus quos competat in rem actio.

*Rei vindicatio est adversus eum qui rem qua de agitur, possidet.* I.
*Possidentium divisio multiplex, qua de re alibi fusius, et quo in loco.* II.
*Est item adversus eos qui rem tenent tantummodo, habentre restituendi facultatem. Florentina lectio in* L. officium. 9. D. de R. U. *defenditur.* III.
*Contrariis occurritur; et cur possidendi verbum improprie usurpetur in actione in rem, proprie vero in interdicto* Uti possidetis, *explicatur.* IV. V.
*Tales possessores quomodo se hoc judicio liberare possint.* VI.
*Rei vindicatio quid differat a petitione hereditatis: est illa adversus omnem possessorem.* VII.
*Genus exceptionis duplex indicatur.* VIII.
*In communis rei vindicatione multiplex species sive casus. Qualis uniuscujusque finitio.* IX.
*Non tenetur rei vindicatione qui sine dolo possidere desiit. Qualis hic cautio petitoris.* X.
*An hæc in rem actio ad heredes transeat. Quæstionis occasio; et ejus ex actionum genere definitio.* XI.
*Interest an possessor decesserit ante, vel post judicium acceptum.* XII.
*Si ante: heres tenetur, quatenus possidet. Quid huic rei consequens.* XIII.
*Si post, tenetur heres ex persona defuncti; et quoties et quamodo* XIV.

I. De actoris persona hæc, cum quæritur cui actio in rem competat, et ex caussa dominii agentem, (quæ in hujus persona agendi propria caussa est) quid cavere in actione instituenda, quid in instituta sequi et præstare oporteat. Si quæritur de persona ejus cum quo et adversus quem hac actione agitur (qui in recta hujus actionis institutione secundus locus est), lex omnium actionum in rem communis est, quæ in hac actione potissimum servatur; ut sit adversus eum qui rem de qua agitur, possidet. (1) *L. actionum*, *D. de obl. et act. L. qui petitorio*, *D. de rei*

(1) *L. 24. §. ult. de judic. L. 1. C. Ubi in rem act. Cap. examinata extr. eod.* Etsi is titulum habeat ab ipso vindicante, si ille jure invalidus vel reprobatus. Sicuti res coniugi illicite donata vindicatur, *L.* 33. §. 1. *L. pr. L.* 39. *L.* 55. *de don. int. vir.* vid. Scip. Gentil. *L.* 1. *de Don. int. vir. Cap.* 29. Quin et contra maritum ad inopiam vergentem quando repetitio dotis conceditur, res exstantes a marito hac actione peti posse, scribit Ranchbar. *P.* 1. *Quæst*, 33. *n.* 21. de quo amlugo.

*vind.* Neque vero, ut initio ostendi, alia de caussa dicitur actio in rem, quam quod rem sequitur, ac propter rem ipsius rei possessorem. Inde illud in *L. unica, C. de al. jud. mut. cau. fact.* possessio in rem parit actionem adversario, quod nihil aliud est quam possessionem ejus qui rem possidet, hoc præstare adversario, idest petitori qui rem vindicat, ut cum possessore in rem agi possit; seu possessionem caussam esse quæ vindicanti actionem in rem tribuat adversus possessorem. Quod tamen sic accipiendum est, ut possessio pariat petitori actionem in rem ex (2) persona possessoris. Alioqui ex persona actoris actionem in rem illi parit non possessio, sed dominium, idest ac-

(2) Recte. Vera enim caussa actionis, qua posita ponitur, detracta desinit. Donellus noster *ad §. 1. I. de act. n.* 22. Et ita Sich. *in Rub. Cod. hoc tit. n.* 24. Parit actionem, ait, scilicet passive, ex parte rei. Sicuti contra textus, qui dominium solum requirunt *L.* 23 *pr. h. t. L.* 27. *§.* 2. *et* 4. *de auro leg. etc.* intelligendi scilicet active. Nec inepta lectio in *d. L. un.* aut in aliam commutanda, hanc nempe: *in rem actioni possessio pariat adversarium*, ceu emendant Gif. *ad §. 1. I. de act.* (ita Cujacium ex manuscriptis reposuisse testatus) et ad *L.* 15. *de O. et A. n.* 41. add. Hort. *ad d. §.* 1. *et ad L.* 17. *de pig.* Quin vitiosa potius hæc correctio, nec aptior argutatio Hortensii: Si possessio mater actionis, eamque pariat adversario; non domino eam pariet, sed possessori. At qui possessionem habet, frustra vindicando agit, ut possessionem revocet. Perinde videtur atque si sic argueris: Si obligatio, quæ vinculum est debitoris per definitionem illius, parit actionem (uti dicitur *L.* 42. *§.* 2. *de Procur.*), pariet eam non creditori, sed debitori. Et quid quæso hoc est? quamque incommoda loquutio *parere adversarium!* Anne sicuti mater actionis in personam dicitur obligatio, et actionis in rem mater dominium, ab ipsoque Hortensio: ita possessio mater sui possessoris? Pariterque inconcinne dicitur *adversarius actioni*: Adversarius enim, ut nomen ipsum præ se fert, dicitur qui alteri se opponit, ei contradicit ac resistit, *L.* 27. *§. ult. de pecul. L. ul. C. de feriis. L.* 9. *C. de transact. et plurib. simil.* Unde et sæpe dicitur pars adversa, pars diversa, etc. Sine adversario nulla luctatio est, ait Cic. *de Fato.* Pugna autem et contentio non est actioni seu liti cum altero litigatore, sed duobus inter se invicem. Et adversaria forte actioni exceptio aut defensio recte dicatur, (siculi vim juri adversariam dicit Cicero,) et contra: non vero reus intentioni, actorve depulsioni. Apparet itaque extrariæ isti antiquam lectionem præferendam. Quæ nec sede sua dimovenda foret, si vel maxime quædam inesset ἀκολουθία (quæ nec videtur tamen), nostratibus quippe non minus insolens. Siculi in ipsaque *d. L.* 17. *de pig.* vulgarem scripturam duriori longe expositione tuetur Hort. *ibid.* ubi quidam pro *persecutio* legere malunt *possessio* et alii *obligatio* vel *conventio*, P. Fab. 2. *Sem.* 25. *pag.* 373. Et confirmat nostram illam valide tum *L.* 24. *§. ult. judic.* verbis *ex præsenti possessione hæc actio est*, tum ratio evidens, quia uti sententia hic duo continet ut *infra C.* 6. *n.* 5. ita duæ petitionis partes et caussæ sint oportet. Non obstat quod Gifan. ad *d. L.* 25. *n.* 23. *et seqq.* contendit non dominium et possessionem junctim, sed dominium solum caussam esse hujus actionis. Proprium quidem ejus esse quod contra possessorem detur, sed id ad substantiam actionis non pertinere: cum et quibusdam aliis actionibus conveniat, ubi ad exhibendum; interdictis; et quæ in rem scriptæ. Possessionem non esse caussam vindicationis; sed requiri ad actionem exercendam et movendam in judicio, quæ sine adversario moveri non potest. Nec peti rem quia possidetur, sed quia nostra est, etsi non ab alio quam qui possidet, quia non alius impedit nos usu et fructu rei nostræ, effectu ac commodo dominii, potiri. Solum itaque essentiale actionum in rem esse quod competunt ex dominio, utputa quod cum multis aliis actionibus communicetur. Ita Gifan. Qui et ex eo juvatur quod post Bald. tradit Io. Baptist. Asin. *Trac. de Execut* §. 7. *C.* 77. *n.* 4. vindicationem apud possidentem in habitu ac potentia existere. Verum immo et ad essentiam ac constitutionem, nec exercitionem solam judicii petitorii requiri ut possessio sit penes alium, præter *d. L. un. et d. L.* 24. *§. ult.* probat quoque §. 2. *I. de act.* ubi: actio non prodita dicitur possidenti et *L.* 1. §. 6. *D. uti possid.* ubi: nunquam ultro possessori dari. Interest sane inter hæc: actionem non nasci et natam exerceri non posse, inter jus agendi et facultatem, vid. *supra Lib.* 19. *C.* 1. *n.* 1. Quod, opposito forsan exemplo in quo et usus quæstionis elucebit, ita declarari videtur. Actioni non natæ non præscribitur, et a die quo nata est *L.* 3. *C. de præsc.* 30. temporis et computationis initium sumitur. Jam certum est actiones in rem non solum usucapione amitti, ubi dominii translatio est, sed et iisdem longissimo tempore, quando usucapioni locus non est, præscribi. Ponamus: Titius fundi Tusculani justa emptione a Tullio priore domino traditi dominus effectus, eundem vicennium possedit. Inde, possessione amissa quæ ad Sejum, sed mala fide et sine titulo, pervenit aliud vicennium rei usu caruit. Quo lapso, a Sejo vindicat. Nemo dicet Sejumquem usu non cepisse ponimus, juste Titii petitionem submovere. Submoveret autem, si rei vindicatio ab ipso die acquisiti Titio dominii prodita adeoque nata exstitisset. Nam quæ non motæ sunt actiones, etiam in rem, 30. annorum jugi silentio, ex quo competere cœperunt, sopiuntur *d. L.* 3. *C. de præsc.* 30. *an.* Dices: Ideo non submovet, quia dicere nequit se ipsum tantum tempus, 30. videlicet annos, possedisse. Resp: At quid si hoc non necessarium in ea præscriptione, sed lapsus temporis ac silentium et negli-

tionem habet in rem non qui rem possidet sed qui dominus est, ut recte dicturi sumus: idque ita statui oportet. actionis in rem duas esse (3) caussas efficientes, ab actore dominium, a reo possessionem.

II. Possessorem hic ut et in omnibus in rem actionibus plenius accipimus, ut contineantur hoc verbo ii de quibus diximus in petitione hereditatis: quorum genera sunt duo. Unum eorum qui vere et naturaliter rem tenent, quam et possunt restituere. Alterum eorum qui eum natura teneant, jure tamen perinde habentur quasi possiderent. Prioris generis species duæ: qui vere possidet: is autem est qui vel animo et opinione domini rem tenet, ut est qui bona fide emit, vel adeo tenet affectu solo dominantis, ut prædo: item qui hunc animo rem non tenens, corpore tamen est in possessione, volentibus iis ad quos ea res putatur pertinere: cujusmodi sunt, quibus res commodata, locata est, apud quem deposita, quive in possessionem missi sunt aut legatorum nomine, aut rei servandæ caussa, et similibus de caussis; quos omnes rei vindicatione teneri placet. *L. officium. D. de rei vind.* Eorum qui pro possessoribus habentur, species item duæ: qui dolo desiit possidere, et qui, cum non possideret, se liti obtulit: quos et ipsos quasi possiderent, hac actione teneri placuit: de priore est in (4) *L. sin autem, §. si homo. L. qui pellitorio*, in prin

gentia domini, cui coercendæ illa prodita videtur, cum præsenti possessione conventi, undecunque nactus fuerit, sufficiant, uti statuo Perrarus alioquin erit usus præscriptionum tricennalium, rarior 40. annorum, nullus memoriam hominum excedentium. Cum non dici possit possessorem præsentem accessionum suorum auctorum subsidio uti, quippe cum vitiosæ ab initio possessioni, de qua speciem constituimus, nulla accedat: heredibusque vitia possessionum noceant *supra Lib.* 5. *C.* 20. Facit. *L.* 8. §. 1. *in fi. C. de præsc.* 30. *ann.* in verbis, 40. *annorum computandorum, ex quo prior possessor qui evicit, possessione excidit.* Non dicitur: ex quo injustus possessor posterior adeptus est possessionem. Sed etsi dicas non se tueri præscriptione, nisi qui tanto tempore ipse possedit, possidentive heres, cum quo idem juris interpretatione habetur: verum tamen erit actionem in rem contra eum non antea proditam, nec exercitionem solum, sed et jus vindicandi domino defuisse. Immo necessarium: cum actio sine reo convento nec esse nec fingi queat *supra Lib.* 17. *C.* 4. n. 3. Quapropter quod dicitur *d. L.* 27. §. 2. *de auro leg.* non videri suum esse quod vindicari non possit, accipere convenit, si res ipsi absit ab alio detenta *d. L.* 1. §. 6. *Uti possid.* Nihil impedit quod et aliæ quandoque in personam actiones possessorem tenent. Non enim ut possessorem, sed ut aliquo facto suo obligatum, vid. *supra Lib.* 15. *C.* 38. *et N.* 3. *et C.* 39. *n.* 31. *et C.* 47. *n.* 18. *N.* 9. *ac Comm. ad* §. 20. *I. de act. n.* 8. *ibique not. sub fin.* Quid quod conditioni furtivæ communoe, ut domino ceu domino competat. Ac substantialis quidem forma rei communicari alii rei nequit, cum per eam ista sit quod est, attamen in actibus juridicis sæpe eadem non una in re constat, sed pluribus junctis, quæ singulæ separatæ aliis convenire possunt, junctim nequeunt, ut ex substantialibus contractuum declaratu facile, si curæ pretium esset aut institutum ferret. Sed missa hæc faciamus.

(3) Haec noster ad *L.* 10. *C. de pig. act. n.* 23. *et seq.* Quæ et extrema, substantialia, ac requisita ab aliis vocantur, Sylv. Aldobrandin. *ad Accnes. in* §. 1. *I. de act* Coras. 6. *Misc.* 5. *n.* 4. at 5. Bellon. 4. *Supput.* 11. Menoch. *Recup. poss. Prælud. n.* 20. Hot. *ad* §. 1. *I. de act. enunciat.* to. Sneidvin. *in* §, 1. *I. de act. n.* 61. Vult. *ibid. n.* 58. *et seqq. et ad L.* 1. *Cod ubi in rem actio n.* 25. Jo. Meichsner. *Tomo* 1. *Lib.* 2. *Decis. Cam.* 3. *n.* 6. Quæ eadem substantialem formam actionis hujus constituunt, ut *N. præced.* adstruxi. Plane utrumque intentione sua ac libello comprehendat petitor oportet, (saltem tacite ut *not. infra Cap* 6. *N.* 3.) nec ideo tamen utrumque si negetur probandum ut *infra. N.* 17.

(4) *L.* 69. *hoc tit.* add. *supra Lib.* 19. *Cap.* 12 *n.* 16. Et hac de re fuse Cels. Bargal. *Lib.* 6. *de Dolo, Regula* 1°. add. Vital. 1. *Lect.* 12. unde hoc constet, vel probari possit. vid. Coras. 6. *Misc.* 5, *n.* 4. Bargal. *d. Reg.* 17. *n.* 11. *et seqq. et Lib.* 4. *de Dolo. Cap.* 8. *n.* 63. *et seqq.* Intelligitur autem hoc de eo qui ante litem contestatam dolose amisit. Nam de eo qui post, nulla quæstio vel dubium: neque is ratione fictæ possessionis convenitur, sed ut verus possessor cum, lite contestata, etiam culpa præstetur. Nimiumque errant qui vel contra clara verba *d.* §. 3. contendunt, si ante litem contestatam deserit, actionem in factum dari ex edicto, de alienatione, judicii mutandi caussa. proinde hoc remedium uti ordinarium, cum illo ceu extraordinarium non concurrere, ut post Panorm. Jas. in §. 1. *I. de act. n.* 78. et Zas *ibid.* et Oldend. *Class* 3. *Act.* 2. *pag.* 313. volens, cœpto judicio, solum procedi adversus eum qui dolo desiit, atque ita dici quod *competat*, id est continuetur, executionem accipiat. Quos recte refellit Vital. 1. *Var. Lect.* 17. et Mudæ *in* §. 1. *I. de act. n.* 24. *et seqq.* Nam nec rarum est plures actiones ejusdem rei nomine competere, vid. *Lib.* 21. *C.* 3 et ipsiqua DD. Brocardici istius: ordinarium et extraordinarium remedia non concurrere, auctores id restringunt nisi extraordinarium plenius providerat, ut hic accidere probat Mudæ. *d. loc. n.* 28. Ac immo hæ actiones ad diversa competunt, altera rem, altera id quod interest persequitur. Sneidev. *in* §. 1. *I. de act. n.* 87. Non obst. *L.* 3. §. *ult. de alien. Jud. mut.* Neque sensus verborum, *si paratus esset judicium pati*, quasi detrectare possit, vid Mudæ.

*D. de rei vind.* de posteriore in (5) *L. is qui se eod.* Quo jure posito, evenıet ut, si eum quis desiisset rem possidere dolo, alius ejus rei possessionem nactus sit, incipiant jam duo teneri rei vindicatione, qui possidet, et qui prius dolò desierat possidere. De quibus tamen conveniendis sic jus est in primis tenendum, ut interdum teneatur unus dum taxat, is tamen quem dominus elegerit; interdum etiam simul ambo. Idque ita est prout actor ab hoc aut ab illo prius petere cœperit. Nam si prius actum sit cum eo qui possidet, et dominus rem aut pro re litis æstimationem sit consecutus, liberetur is qui dolo possidere desierat. Sin prius actum sit cum eo qui dolo desierat possidere, nihilominus potest dominus rem suam petere a possessore, ut quanvis a priore litis æstimationem fuerit consecutus, tamen possessor damnari debeat, id est aut rem restituere, aut pati litis æstimationem. Id servatur in petitione hereditatis, et traditur in *L. nec ullam*, *§. pet. D. de her. pet.* Sed servatur non minus et in hac singularum rerum petitione, ut indicatur in *L. si is qui*, 7. *D. de rei vind.* Cujus juris rationem, ut et cæterarum partium superiorum explicationem fusiorem si quis desiderabit, licet repetere ex iis quæ de hoc genere diximus in petitione hereditatis, ubi totum hunc locum plenius exposuimus.

III. Unum in superioribus habet dubitationem, quod quia proprie pertinet ad rei vindicationem et tractatur in *L. officium* sub eo titulo: idcirco distuli in hunc locum; quod nunc attingam. Diximus eos teneri rei vindicatione, etiam qui non possident vere, sed (6) tenent tantum, et ha-

*d. lo. n.* 30. Pac. 3. *Enant. Quæst.* 13. Enimvero contra hunc non datur actio directa, quippe quæ tenet eum in quem alienatum est, *L. un. C. de Alien. jud. mut. ca.* sed utilis *dict. L. §. ultim. de Alien. jud. mut.* Pac. *d. Quæst.* 13. Ræv. *ad L.* 131. *de R. I.* Mud. in *d. §.* 1. *n.* 32. *et seqq.* Sueidevin. *ibid. n.* 86. Wesen. *in h. tit. Cod. n.* 7. *et n.* 18. quia hic fines excedimus; in prima origine huic actioni præstitutos, nam quod dolus pro possessione est, ut fit interpretatione juris. Etsi Sich. *in Rub. C. h. t.* nimis minute secando scribat teneri hunc actione directa, sed non directo, verum utiliter, quatuor differentias constituens: ut agatur directa directo; directa utiliter; utili directo; et utili utiliter. Quæ distinctio Jurisconsultis ignota, et in proposito nostro adversatur *d. L.* 3. *§. ult.* Diss. Bargal. *d. Regula* 17. *n.* 19. volens dari directam. Enimvero Azo *in Summa. ad tit. Inst. de act. n.* 9. hanc actionem civilem esse scribit, inspecta persona et jure actoris, prætoriam vero ratione rei, quod prætor dolum reputet pro possessione et hanc actionem extendat. Sicque accipit *L.* 26. *§.* 2. *de nox. act.* Et origine esse civilem, extensione prætoriam, Sueidevin. *in §.* 1. *I. de act. n.* 11. Myns. *ib. n.* 7. Verum Donellus noster *in §.* 3 *I. de act. n.* 15. contra eum, qui dolo desiit possidere actionem prætoriam, non extensione solum, sed et origine dari ostendit, quia in eum casum jus civile actionem non dedit. Add. Mudæ. *ibid. n.* 15. Confer. *supra Lib.* 19. *C.* 12. *n.* 20. Male vero qui idem statuunt, si culpa desiit possidere etiam levi, per *L.* 63. *h. t.* Bargal. *d. Regula* 13. *n.* 18. Menoch. *Adip. poss. Remed.* 1. *n.* 66. Nam *d. L.* 63. de ea quæ post litem contestatam commissa est, accipi debet, ut *infra C.* 5. *n.* 10. Et si facto suo liberatur qui alii vendidit, tradidit: magis si omissione, aut injuria amisit, maxime bonæ fidei possessori qui affectu non solum, sed et opinione domini rem tenet, proinde nullam in ea culpam ante litem motam præstat.

(5) Quia et hic pro possessore, propter mendacium, Gifan. *ad L.* 25. *de O. et A. n.* 44. si et litem contestatus est, *d. L.* 25. vid. *supra Lib.* 19. *C.* 12. *n.* 15. Antea enim, si falso dixit se possidere, asseveratio revocari potest, quia inde nulla captio, vel fraus adversario qui necdum quidquam in litem impendit, ait Cujac. *ad Lib.* 2. *Pauli ad Edict. in d. L.* 27. et interrogatus respondit se possidere: secus est, si simpliciter litem secum contestari passus est, ita post Panor. Obrecht. *Disp.* 12. *P.* 1. *n.* 73. *et de Litis Contest. C.* 10. *n.* 34. Alb. Galeot. *Margaritæ aureæ n.* 6. quia non se offert qui citatus venit, cum judicia in invitos reddantur. Ante litem contestatam vero tunc, si effecit ne ageret petitor cum vero possessore, indeque evenit ut interim is usucaperet, ut *d. L.* 27. *pr.* accipit Cujacius, ut tamen hoc, in re agenda, testatione probaverit *d. L.* 27. *pr.* id est adhibitis testibus protestatus sit, se ideo non agere cum altero quod hic dicat se possidere. Cujac. *ibid.* Sic enim testatione complecti, idem est quod protestari *L.* 3 *de nautico fœn.* Et testari, pro testibus probare *L.* 7. *de incend. ruina naufrag.* Gilb. Reg. 1. *Enant. ult.* Confer. Tiraq. *de Retr. lignag.* *§.* 9. *n.* 19. *et seqq.* P. Fabr. 2. *Semestr.* 18. *pag.* 92. Langlæ 4. *Semestr.* 5. Gœd. *ad L.* 39. *§.* 2. *et ad L.* 40. *de V. S.*

(6) Sufficit hic qualis qualis, nuda etiam et asinina detentatio. Ideo enim requiritur possessio ut habeatur facultas restituendi, utque ex eo inducatur arbitrium judicis ad condemnandum reum in id quod interest, si non restituat. In quo differentia est inter actionem in rem et interdicta, quæ non nisi ad veram possessionem pertinent, in quibus id agit Prætor ut eum cui dat interdictum, aut faciet aut retineat verum possessorem, ita A. Fab. 54. *Err. Prag.* 5 Liberam enim et late

bent restituendi facultatem. Videndum est amplius, an id ita sit, et an recte constituatur. Nam primum hic variat lectio *d. L. officium*. In Pandectis Florentinis ita scriptum est in extremo: *Puto autem ab omnibus qui tenent, et habent restituendi facultatem, peti posse*. In aliis exemplaribus fere ita legitur, (7) *peti non posse*. Quid ergo est? Recta est Florentina lectio, quam illius loci contextus ita exigit ut, salva ratione recti sermonis, legi aliter omnino non possit. Prius Ulpianus retulerat Proculi sententiam negantis vindicari posse ab eo, qui affectu domini non teneret, puta ab eo apud quem res deposita esset, vel cui commodata aut locata, aut qui legatorum servandorum, vel ventris, damnive infecti nomine in possessione esset: quia hi omnes, inquiebat, non possident. Subjicit autem Ulpianus, *Puto autem ab omnibus qui tenent* et quæ sequuntur. Particula *autem* adversativa est: quæ proinde declarat adversativam orationem his verbis ab Ulpiano subjici. Adversativæ orationis hæc vis et significatio est, ut statuat sententiam prioribus contrariam: hoc enim adversari est. Quare cum prius Proculus posuisset ab istis quos diximus, peti non posse; necesse est contrariam hanc et adversantem ab Ulpiano positam intelligi, ut diceret se (8) contra putare ab istis *peti posse*, hoc ipso quod habeant restituendi facultatem. Et ne repudiemus, habet hæc sententia manifestam et rationem et æquitatem, etiamsi maxime verbi significatione propria isti non contineantur. Primum est ex mente legis.

diffusam rei vindicationem esse oportet contra quoscumque occupatores, Oldend. *Cl. 3. Act. 2. pag.* 303. et ex eo non citato Bronch. 1. *Ass.* 75. Nec tam qualitas possessionis hic spectatur quam rei restituendæ facultas *L.* 24. *D. de acquir. poss. L.* 40. *§. ult. de pig. act. L. ult. C. de fund. patrim. Lib.* 11. Vult ad *L.* 1. *C. Ubi in rem act. n.* 39 Quæ detentio communne corporalis possessio dicitur, quia solo corpore quis rei incumbit, citra animum sibi habendi, nec recta Hot. 9. *Obs.* 1. corporalem et injustam pro eadem habet. Semper autem requiritur restituendi facultas, sine qua nec teneri qui rem detinet (pertinet *L. servi* 16. *de Usucap L.* 5. *§. ult. ad exhib.*) vult. Gœd. *de Sequestr. Cap.* 1. *n.* 145. *ac seq.* indeque adversus sequestrem ad obtinendum relaxationem hac agi non posse contendit, quod sine judicis jussu restituendi facultatem non habeat. Quid igitur si civiliter solum possideat? Hic vindicationem admittunt, post Bart. DD. plerique per *L.* 60. *§.* 1. *de Usuf. L.* 3. *§. ultim. ad Exhib.* Zang. *de Except.* 2. *C.* 1. *n.* 99. Hartm. *Lib.* 2. *Tit.* 45. *Obs.* 5. *n.* 3. Coras. in *L.* 12. *§.* 1. *de acq. poss. P.* 2. *n.* 27 Oldend. *Class.* 3. *Act.* 2. *pag.* 303. teneri volens ita ut conventus restituat tunc cum copiam rei nactus erit. Sed Vult. ad *L.* 1. *C. Ubi in rem n.* 40. condemnari hic reum ad restitutionem possessionis, cujus executio fiat pro modo et qualitate ejus possessionis civilis, ut in eam inducatur, eo modo quo potest, ut nempe condemnatus se victoris nomine possidere constituat, Coras. *d. loc.* Nec ille sententia alteri qui naturaliter incumbit possessioni, fraudi erit, si hic aliunde quam ex persona condemnati jus suum æstimet. Vult. *d. n.* 40. post Sneidevin. *in §.* 4. *I. de act. n.* 80. et Coras. *d. loc n.* 18. *et seq.* Ubi reprobat 2. exceptiones vulgares. 1.° Nisi hic litem contra illum moveri sciens non contradicat. Nam immo contra illum ad aliam rem agitur, nemoque de jure suo ante judicium respondere cogitur, *L.* 1. *§. ult. de inter. act.* 2.° Nisi in jus vocatus cum clausula si sua interesse putaverit. Nam immo ex sola contumacia jure suo non cadit. Male vero Hot. 4. *Obs.* 22. *in d. l.* 9 *in fin.* pro *et* reponit *aut*, quia et agi possit contra eos, qui restituendi facultatem habent, etsi nec detineant per *L.* 38 *de petit. L.* 34. *§.* 1. *de pet. her.* Nam *d. l.* 38. *pr.* simpliciter dicitur vindicare debere pecuniam; nec additur quod a patre. Sed quia pecunia ista non est peculiaris, nec ejus possessio patri quæsita *supra Lib.* 5. *C.* 8. *n.* 11, vindicabitur a filio qui accepit et detinet. Ac *d. l.* 34. *§.* 1. accipienda quando possessio patri dominove per servum aut filiumfamilias quæsita est, ut si hereditatem testamento injusto, aut vitioso delatam adierunt et rerum possessionem apprehenderunt, etc.

(7) Ego tamen negativam hanc scripturam in nullo manuscriptorum, quos pluribus locis, vel in itinere, plures perquirere non piguit, me reperire memini. Quin nec exemplaria Parisiensis excusa anno Sal. 1527. aliæque antiquæ editiones aliam a Florentina lectionem exhibent. Et nec Bart. Bald. et alios inter veteres veteriores aliter legisse eorum commentationes testantur.

(8) Dess. Angel. Spannochius *inter Ep. ferrav. Alec. Curamini Ep.* 6. Qui licet Florentinam lectionem non rejiciat, statuit tamen Pegasi sententiam non damnari *d. L.* 9. verum addito sale corroborari. Quasi diceret Ulpianus; vindicari quidem posset ab eo apud quem deposita est etc. si haberet is restituendi copiam. Atqui eam non habet qui nude detinet, cum restituere sit possessorem facere, et omnem rei caussam præstare *L.* 28. *h. t. L.* 38. *§.* 4. *de Usur. L.* 22. *de V. S.* Idemque confirmat ex *L.* 2. *Ubi in rem act.* ubi non tenetur vindicationem sustinere hic detentor, sed dominum nominare. Ast immo *d. L.* 2. non denegat actionem in rem, sed tantum potestatem facit convento detentatori, auctore nominato, lite se eximendi. Vult. in *d. L.* 2. *n.* 3. Et longius in his refellendis immorari piget.

Nam si per legem licet vindicare ab eo, qui vere et opinione domini, et quidem ex justa caussa possidet; multo magis licere debet petere ab eo qui tenet tantum, et minus juris habet in rei detentione. Bene regula juris, non debere cui quod plus est licet, quod minus est non licere, *L. non debet cui*, *D. de regul. jur.* Tum autem æquum est quisquis rem tenet, ab eo dominum rem suam recipere; et hoc æquius, quo minus juris habet in re, qui detinet.

IV. Sed huic sententiæ duo opponuntur, quæ Proculum movisse conjicere possumus ex iis, quæ de ejus sententia Ulpianus retulit; hæc autem sunt duo: verbi significatio, et interdictum Uti possidetis, vel potius ejus interdicti interpretatio recepta. Possidendi verbum constat proprie solum ad eos pertinere, qui animo et affectu domini tenent; cæteros, quacunque de caussa rem teneant aut sint in possessione, non possidere, *L. 3. §. ult. D. de acquiren. posses. §. idem placet*, *Instit. per quas person. nob. acqui. §. possidere*, *Inst. de interd.* quod et recte confirmatur in *d. L. officium*, *de rei vind.* Porro legis quæcunque est de rei vindicatione danda, non alia verba sunt, quam ut sit actio adversus eum qui possidet, seu adversus possessorem, *d. L. actionum*, *D. de obl. et act. d. L. qui petitorio*, *de rei vind. §. 1. Instit. de act.* Quod et Proculus satis aperte significat, cum negat ab iis vindicari posse qui in possessione tantum sunt, hac ratione quia non possident: nam alioqui in promptu erat contradictio, si dici potuisset etiam verbis legis hanc actionem dari adversus eos qui tenent, et habent restituendi facultatem. Non ergo præter verbi significationem adversus eos qui tenent tantum, non possident, rei vindicatio danda est. Sed non recte colligitur. Fatendum est enim ita esse significationem propriam verbi, ut diximus, atque hac significatione adversus istos rei vindicationem non dari. Sed improprie et paulo latiore significatione etiam possidere dicimus eos qui rem tenent, eique quovis jure et quovis animo insistunt, *L. communi*, *§. neque*, *D. com. divi. L. naturaliter*, *D. de acq. posses.* Quam et significationem sequimur, quoties sententia loquentis hanc interpretationem postulat, *L. stipulatio ista*, *§. hæc quoque*, *D. de verb. signif.* Etsi enim vere dictum est, non debere a significatione et proprietate verbi recedi in re dubia: tamen etiam recte adjicitur, id tum faciendum esse, cum manifestum est aliud sensisse scriptorem, *L. non aliter*, *D. de leg. 3.* At hic sententia legis manifesta est: qui actionem in rem dedit adversus eum qui vere possidet, et plus juris habet; eum multo magis dare voluisse adversus eum, qui minus juris habens rem tenet dumtaxat: quod et ipsum regula juris effici diximus, *d. L. non debet cui*, *de reg. jur.*

V. Objicitur præterea interdicti *Uti possidetis* exemplum. Nam et lex de rei vindicatione, et edictum in interdicto Uti possidetis proponendo eodem verbo possidendi simpliciter utuntur. Actio in rem datur adversus eum qui possidet; et interdictum *Uti possidetis* ei qui possidet, totidem verbis, *L. 1. in prin. D. uti possid.* At in interdicto *Uti possidetis* omnes juris auctores possidendi verbum sic acceperunt, ut hoc verbo intelligerentur ii qui vere possident, quorum detentio est cum affectu dominantis conjuncta: iis autem qui in possessione tantum sunt, quales sunt creditores in possessionem rei servandæ caussa missi, qui proprie non possident, id interdictum denegarent, *L. 3. §. creditores*, *D. uti possid. d. L. officium*, *de rei vind.* Consentaneum igitur Proculo videbatur et in actione in rem verbum possidendi eodem modo interpretari. Sed ne hoc quidem recte colligitur, neque istæ actiones in hac re recte comparantur. Sane enim utrobique idem possidendi verbum occurrit: sed legum quæ de utraque actione proponenda scriptæ sunt, non est in hoc verbo eadem sententia: itaque hæc aliam in actione in rem, aliam in interdicto interpretationem hujus verbi postulat. Actio in rem non datur possessori ut eum tueatur, sed adversus possessorem ut eum oppugnet. Aufert enim rem possessori. Hinc intellecta, ut dixi, mens legis ut, si datur hæc actio adversus eum qui vere possidet, multo magis debeat adversus eum dari qui tenet tantum, in quo minus juris aut animi est ad detinendum: ut proinde ex hac sententia debeat horum uterque possidendi verbo etiam abusive contineri. Interdictum *Uti possidetis* contra, non adversus possessorem datur, sed possessori ad eum tuendum, *L. 1. §. interdictum*, *D. uti poss.* Hic vero neque verbum possidendi, neque interdicti sententia patitur, ut detur interdictum iis, qui animo domini non tenent, sed alias tantum sunt in possessione. Primum quia hi verbo non possident: deinde quia ex sententia non recte sic colligitur: datur interdictum vero possessori, quod verbum possessoris significat: ergo ei quoque dandum est, qui vere non possidet, sed corpore tenet dumtaxat. Inepta vero hæc et minime conse-

quens collectio est. Idque facile intelligi potest hac ratione. Nemo enim ignorat inepte colligi, si cui quid quod minus est datur, etiam ei quod majus est dandum esse: cum potius hanc dantis sententiam statui oporteat, eum qui nominatim dedit quod minus erat, hoc ipso id quod majus erat denegasse. Alioqui licebat utrumque concedere. Atqui minus beneficium est dare alicui interdictum hac conditione, si vere possidet; majus autem, dare etiam ei qui non possidet, si vel tantum sit in possessione. Quare repugnat etiam interdicti sententia, ut quod datur vero possessori, etiam ad eos qui tenent, non possident, transferatur. Ita hic in summa, non de significatione verbi possidendi quæstio est, quæ significatio certa est: sed de legum et edictorum de his actionibus propositorum sententia: quæ cum diversa sit, non mirum si aliam atque aliam hujus verbi interpretationem inducat, alias pleniorem, alias adstrictam ad proprietatem verbi, prout sententia postulat.

VI. Illud de his qui isto modo rem tenent notandum est, sic (9) eos rei vindicatione teneri, ut si alterius nomine quam domini in possessione sint, a quo puta, rem (10) commodatam, depositam, locatam acceperint, his desiderantibus spatium dan-

(9) De quibus casibus *d. L.* 9 exaudiunt Cujac. in *Nov.* 88. *in fin.* Goth. in *d. L.* 9. Obrecht. *Disp.* 12. *P.* 1. *n.* 63. *et seqq.* Vacon 2. *Declar.* 44. *n.* 4. ubi non ab ipso vindicante caussam habet conventus, nec ejus nomine in possessione est, sed alterius qui rem alienam deposuit, commodavit, etc. ut *L. pen. C. ad exhib.* Crebriores vero alii generalius hoc jus accipiunt de iis quoque quibus ipse vindicans commodavit, deposuit, locavit, etc. etiamsi illi in personam actione ab eodem conveniri possent, Hot. *ad pr. et §.* 1. *I. de act. Emanc.* 5. *in fine, et* 3. *Obs.* 17. *cir. fin.* Vult *ad d. §.* 1. *n.* 66. Rob. 1. *Rec. Lect.* 18. Vasq. 2. *Ill. Contr.* 70. *n.* 21. Anton. Fab 4. *Err. Prag.* 4. Timæ. Fab 1. *Annot* 7 Bronch 1. *Ass.* 75. Quod et probatur ex *L.* 2. *Commod. L.* 2. *Commod. L.* 38. *pr. de precul. L.* 24. *§.* 2. *de reb. auct. jud. poss. L.* 5. *§.* 18. *de tribut. act. L.* 2. *Cod. de præs.* 30. *ann.* Sicuti et rem pignori datam, eo soluto, recte vindicat debitor, *L.* 10. *C. de pign. L.* 1. *C. Si pig. convent.* Pluresque sunt affines rei vindicationi actiones personales, Rutg. Rulant. *de Commissar. P.* 3. *Lib.* 3. *Cap.* 2. Conducere siquidem potest aliquando in rem actione potius experiri, quando contractus et negocii gesti probatio non expedita, (ut si remotis arbitris quis commodavit etc.) dominii vero suppetit, Robert. *d. C.* 18. Namque hic nec ullam mentionem contractus fieri oportet, nec disquiritur utrum deposuerit, commodaverit etc. vindicans, sed an dominus sit. Quippe uti cum commodati actionem intentat, nulla de dominio contentio est *supra C.* 1. *N.* 4. ita cum rem commodatam vindicat, nulla de obligatione conventi, sed de dominio petitoris et detentione, vid. *C. præced. N.* 15. Unde cum in rem actionem pati non compellatur qui negat se possidere, *L. ult. h. t.* si commodatarius, depositarius, conductor hos titulos allegent, nec tantum non inficientur negocium secum gestum contractusve fidem rumpant, sed ultro agnoscant se ipsius petitoris nomine possidere, proinde judicium hoc subire detrectent, tum quod ipsi non sibi teneant, tum quod frustra in rem agat cui possessio non absit, audiendi omnino erunt, tametsi alia ex caussa non recusant parati in personam actionem subire. Quid enim si tempus conjunctionis nondum exierit; quid si re commodata necdum usus fuerit ad quod illi concessa est? Injuria fieret reo si in rem actionem pati compelleretur, deteriorque ejus conditio ex arbitrio actoris reddi posset. Nam rei vindicatio stricti est juris, actiones, commodati depositi locati, etc. bonæ fidei: ubi laxior potestas judicis ad cognoscendum quid reo vicissim ex bona fide præstari oporteat. In actionem depositi solus dolus venit præstandus, in rei vindicatione etiam culpa. Illic forum aliud, quam hic etc. In illis actionibus quandoque compensationi, aliisque defensionibus locus, quæ petitorio huic judicio opponi nequeunt, quas alio genere actionis adimere actori liberum foret. Denique si alium auctorem nominans hoc judicio liberatur, quidni et qui ipsum vindicantem. Plane et aliis casibus, qui caussam habuit, ac titulum a vindicante, recte convenitur ea finita, titulove resoluto, ac dominio reverso, ut in addictione ad diem, lege commissoria, itemque in revocatione donationis, ex *L.* 8. *C. de rev. don.* accidit, de quibus suis locis.

(10) Aliud si pignori datam, ubi cum debitore qui dedit, agi nequit, *L. servi* 16. *de usuc.* Proinde, nec denunciatio ei fieri, contra quam Vult. in *L.* 2. *C. ubi in rem act. n.* 5. *et seq.* Cæterum de aliis qui sibi tenent, ratione juris quod in re ab alio constitutum habent, ut vasallus, emphyteuta, superficiarius, fructuarius: hæc distinctio est Mynsingeri 2. *Obs.* 58. ut si lis ipsius juris eis fiat, nominationi auctoris locus non sit, quin nec audiatur sponte subire volens litem, quod sua intersit, sed nec sententia ejus judicii ipsi noceat. Sin vero rei ipsius ac proprietatis vindicatio intentetur, nominare auctorem possit. Et probat Vult. ad *d. L.* 2. *n.* 6. *et* 7. ex verbis *quolibet modo d. L.* 2. add. Sich. *ibid. n.* 8. Ant. de Gamma *Decis.* 332. qui receptius esse testatur ut nominetur dominus, quoad effectum præjudicii domini directi, non autem ea re declinari judicium a convento. Quo recepto, frustranea erit quæstio litis de proprietate motæ fructuario, impendiis ipsine, an pro-

dum sit, intra quod denuntiare possint (11) iis a quibus rem acceperunt: ea lege ut, si his nuntiatum sit, neque ad constitutum diem ad defendendum adsint, non solum qui conveniantur cognatur rem restituere, sed etiam absentes possessione excidant; ut si redeant, possint quidem agere de proprietate, verum ita, ut hic actoris partes sustineat; qui autem prius egerat, possessoris commodo fruatur: cautum (12) *L.* 2. *C. ubi in rem act. exerc. debe.*

VII. Ergo in rem actio adversus omnem possessorem est, et possessoris verbo continentur omnes quos modo diximus. Neque hic quidquam exigimus amplius: simpliciter ita jus est, in rem actionem semper adversus possessorem esse, *L. actionum*, *D. de obl. et act.* Nihil hic adjicitur de titulo possessionis; ut intelligamus, quocumque titulo quis possideat sive juste sive injuste, nihil ad rem pertinere, sed ex æquo omnem possessorem rei vindicatione teneri. Aliter petitio hereditatis constituta: quæ datur quidem adversus eosdem possessores rerum hereditariarum; sed ita, si modo possideant pro herede prove possessore. Adversus eos qui proprio et speciali titulo possideant, minime, *L.* 2. *C. de her. pet.* Differentiæ rationem in ea actione reddidimus: hæc autem est in summa. Rei vindicatio domino competit. Æquum est domino rem suam restitui, quisquis eam et quocunque titulo possideat. Nihil enim hic bona fides possessoris aut pretium ab eo solutum domino potest detrahere. At petitio hereditatis competit solum heredi: nec, si quis heres est, idcirco rei hereditariæ est dominus, cum bona fide possessa, et pignori obligata, atque adeo commodata defuncto, vel apud eum deposita sint hereditaria, *L. et non tantum*, *D. de her. pet.* Contra possessor qui justo titulo possidet, fieri potest ut sit dominus: cui rem suam auferri ab eo qui fortasse dominus non sit, iniquis-

prietario substinenda, de quo Castillo post alios *Contr. Quotid. de Usufr. C.* 43. *n.* 4. *et seqq.* Aliquando tamen in consessu Spirensi, nominatio super re ipsa conventi rejecta, ut *Decis. cas. sing.* 3. subjecto decisionibus Fabii Arcadis.

(11) Nominare autem eos statim debent *d. L.* 2. id est non quandocunque, ante litem contestatam, ut Sich. *ibidem n.* 5. sed in primo termino comparitionis, ut Vult. *n.* 19. antequam aliquid respondeant, nec prius exceptionibus dilatoriis et declinatoriis eludere possunt actorem, Menoch. *Arb. C.* 471. *et Recup. poss. Rem. d.* 5. *n.* 490. *et seqq.* Neque vocula, *debet*, sumitur pro, *potest*, ut post Gl. Sichard. *d. n.* 5. sed necessitatem innuit. Vult. *n.* 16. non equidem præcisam, sed consequentiæ, nisi condemnari velit, Wes. in *d. L.* 2. *n.* 10. Non enim ex edit dominum urgeri ut diu inquirat utrum qui rem detinet, suo an alterius nomine possideat, Oldend. *Class.* 3. *Act.* 2. *p.* 33. Nam et si qui prius se possidere declaravit, postea dominum nominet, condemnatur ad restitutionem, *Annot.* Ces. Ursil. Menoch. *Recup. poss. Rem.* 15. *n.* 490. nisi justum errorem probes, Menoch. *d. cas.* 476. *n.* 6. Neque necesse est ut probet se alterius nomine possidere, quod vult Wes. in *d. L.* 2. *n.* 7. et Sich. *n.* 9. ac DD. vulgo, teste Vultejo *n.* 18. testante tamen usu judiciorum inde recessum esse. Sed ei creditur ad hoc ut denunciatio fiat ei quem nominavit. Qui, si non agnoscat se auctorem et convincatur is qui nominavit, quod suo nomine possederit, possessio ei aufertur, ut *L. ult. h. t.* A. Fab. *Cod. hoc tit. Definit. ult.* Afflict. *Decis. Neap.* 18. *n.* 1. ubi *in Annotat. Ces. Ursil. n.* 1. Cels. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo Cap.* 14. *n.* 15. Sane quando calumniæ suspicio evidens, nominatio initio rejicitur, Men. *d. Rem.* 15. *n.* 491. Et quod nominans de calumnia, jurare teneatur vult Ant. Del Re *de juram. calum. C.* 15. *n.* 183. Etsi vero hanc denunciationem per judicem fieri debere, censeat Sich. in *d. L.* 2. *n.* 11. eo quod, si id nominanti committeretur, is omissa denunciatione, incommodare posset petitori, qui etsi immissus postea in possessionem ceu non defendentis, eam contra dominum, ut ignorantem, non tueretur, et Obrecht. *Disp.* 12. *P.* 1. *n.* 156. *et seqq.* Contra tamen recte, Vult. *ibid. n.* 15. et quia fraus non facile hic metui potest; et quia nominatione facta, et spatio denunciandi lapso, si non compareat nominatus, a judice citandus est, nec proinde potest non certiorari de lite. Quod si agnoscat nominatus, lis in eum transfertur, eique prior conventus eximitur, ac ab instantia absolvitur, Prosper Caravita *in Addit. ad Afflict. Decis.* 126. Robert. 4. *Rer. judic.* 9. Nec novo judicio, aut conventione opus, ut Wes. in *d. L.* 2. *n.* 9. sed vel idem libellus manet, mutato solum nomine conventi, ut Sich. *n.* 13 et Vult. *n.* 22. In possessoriis vero interdictis nominationi locum non esse, Vult. *d. loc. n.* 13. tametsi Afflict. *Dec.* 217. velit eam liberare a possessorio recuperandæ, quando alius convenitur quam qui spoliavit, sed quod et in possessorio locus ei sit, crebrius obtinuit, Menoch. *de Remed.* 15. *n.* 485.

(12) *Cap. ult. §. quoniam extr. ut lite non contest.* summatim tamen, prius discusso negocio *d. L.* 2. vid. Vult. *ibid. n.* 23. Quod si domino non nominato, judicium colonus acceperit, sententia domino nec in proprietate nec in possessione, præjudicat. Innoc. in *d. Cap. ult.* Wes. in *d. L.* 2. *n.* 10. Obrecht. *Disput.* 12. *n.* 66.

simum est. Quam ob caussam recte placuit petitionem hereditatis solum dari adversus eum qui sine caussa possidet: quod genus est, qui pro herede, cum heres non sit, quive pro possessore possidet. Hinc natum est illud, quod de titulo dicitur in *L. cogi*, *C. de her. pet.* neminem possessorem cogi ab eo qui expetit dicere titulum possessionis suæ, præterquam in petitione hereditatis, ut sciatur utrum possessor pro herede, prove possessore possideat. Hoc, inquam, ex superiore illo ductum est, et merito: nam si domino in rem actio competit adversus omnem possessorem quocumque titulo possideat, supervacuum est domino scire quo titulo possessor possideat: cum quisquis titulus erit, semper rem suam ablaturus sit possessori. Iniquum est autem quemquam supervacua interrogatione aut responsione onerari, *arg. in L. hæc stipulatio*, §. 1. *D. ut leg. seu fid. no. cau.*

VIII. Quod tamen dicimus rei vindicationem adversus omnem possessorem et semper dari, sic accipiendum est, ut ne detur in iis caussis in quibus diximus hanc actionem domino aut ipso jure non dari, aut exceptione removeri diximus. Nam quæ res faciunt ut dominus removeatur, eædem etiam tuentur possessorem ne teneatur.

IX. Sed et in partis petitione hoc evenit ut, si res communis cujus partem peto, possideatur partim ab eo cum quo mihi communis res est, partim ab extraneo, et possideatur pro indiviso; non possim eam partem petere ne pro parte quidem ab eo cum quo communem habeo, sed solum ab extraneo, *L. Pomponius*, 8. *D. de rei vind.* Quod si possideatur res a duobus extraneis, ab utroque partem partis petere debeo, *L.* 1. §. *quinimmo*. *D. si pars her. pet.* Idem est, et si socius et extraneus fundum possideant pro diviso; *d. L. Pomponius*, 8. *de rei vind.* Cujus differentiæ reddidi rationem titulo superiore, *Si pars hereditatis petatur*. Incidit et hæc quæstio in petitione partis de qua postea, ubi et hoc idem nonnihil attingetur.

X. Adversus possessorem hanc actionem competere cum lex cavet, non solum hoc dicitur competere adversus eum qui (13) possideat; sed etiam hoc intelligimus, si quis non possideat, nec quidquam fecerit quo haberetur pro possessore, hunc rei vindicatione non teneri. Hinc illud Furii: *in rem actionem pati non compellimur, quia licet dicere se* (14) *non possidere*, *L. ult. D. de rei vindic.* Hinc etiam illa Caji cautio, ut qui petitorio judicio utitur (est autem petitorium judicium, quo petitione agitur; et petitio in rem actio est, *L. actio*, *D. de obl. et act. L. pecuniæ*, §. *actionis*, *D. de ver. sign.*) ne frustra experiatur, prius (15) requirat an is cum quo instituit actionem possessor sit, vel dolo desierit possidere, *L. qui petitorio*, in princ. *D. de rei vind.* Quid ergo, si quis possidebit et tamen neget se possidere? Hæc domino hujus explorandi exprimendique ratio est jure prodita. Vocabit in jus eum quem possidere existimat. Cum is in jus venerit, interrogabit in jure apud magistratum an non possideat. Si is fatetur, res confecta est: si tacet, aut obscure (16) respondet, pro possessore habebitur, quod ei noceat, *L. de ætate*, §. *qui*

(13) Quando itaque reus non possedit, nec si probavit se dominum actor, sententia declaratoria dominii sequi potest, vid. *not. C.* 5. *N.* 2. Tametsi Mathesilan. *Singul.* 137. velit, quando actor nescivit reum non possidere, forte justa opinione ductus, tunc licet reus a restitutione rei absolvatur, sequi tamen posse sententiam, qua dominus declaretur. Quod vix juri conveniens.

(14) Unde male Anton. Fab. 20. *Conject.* 9. *sub. fin.* hoc modo eludi judicium vindicationis posse invito etiam actore, idque ceu singulare notat, cum in personalibus reus non liberetur actione, nisi solvere paratus sit. Nam immo in his in rem actionibus potioris conditionis est actor, non deterioris. Neque inficiatio tam nocet adversario quam auctori suo reconvento, et magis quam in personalibus. Quippe hic, si reus debitum neget, actor intentionem suam implere tenetur. Contra, si in lite dominii reus negavit se possidere, ac convictus, citra ullam dominii probationem obtinet petitor; quod alias non obtinuisset, nisi eo probato, videlicet ut rem suam reciperet, translata possessione, *infra n.* 10. *in fin.* ibique *N.* 17.

(15) Quo pertinebat illa vetus formula: QUANDO TE IN JURE CONSPICIO, POSTULO ANNE FIAS AUCTOR. Valer. Prob. *in Notis* Hot. 7. *Obs.* 15. Rev. *Pro tribunal. C.* 5. Atque in hunc usum olim interrogatoriæ actiones proditæ, quæ postea exoleverunt *L.* 1. §. 1. *de interrog. in jure*: sed judicis officio interrogationes expediuntur, atque in limine judicii ad litem præparandam, ne frustra experiatur actor; et respondere cogitur, sive Prætor interroget sive adversarius, *d. L.* 1. §. 1. *et L.* 2. 3. *et* 4. *pr. L.* 9. §. 1. *L.* 10. *et* (.) *eod.* vid. Menoch. *Arbitr. Casu* 51. *n.* 2. *et n.* 9. *ac seq.* Rain. Cors 3. *indag.* 16. Elb. Leonin 3. *Emend.* 10. Obrecht. *de Concip. libell. Cap.* 16. *n.* 25. add. Robert. 4. *Sent.* 18. et confer. Duar. 1. *Disp.* 43. In curiis nostris hasce interrogationes, minus frequentari testatur Wes. *in hoc tit. Cod. n.* 80.

(16) Et cogitur quoque respondere ex qua parte possideat, *L.* 20. §. 1. *d. tit.* s. alio de-

*tacuit*, §. *nihil*, *D. de inter. in jure fac.* Si aperte negabit se possidere, nempe hoc restat, ut convincatur. Sed si forte ad hoc mendacium temere confugiat eique fidat, hæc pœna ei ante denuntiatur, fore ut, si convincatur rem possidere, possessio transferatur ad adversarium, licet rem suam esse non probaverit, (17) *d. L. ult de rei vind.*

XI. Quæsitum est hoc loco, num etiam

liberandi data *L.* 5. *eod.* Ac responsio ambigua intelligitur, secundum intentionem actoris: vid. Jo. Meichsn. *Tomo* 3. *Decis. Cam.* 8. *n.* 29. Coler. *Cons.* 44. *n* 39 *et seq.* Olim si tacebat. Prætor vindicias secundum petitorem dabat, eique addicebat rem, tamquam ex cessione in jure facta sic: QUANDO NEQUE AIS NEQUE NEGAS, ILLUM FUNDUM PRÆSENTI ET VINDICANTI ADDICO. Vater. Prob. *in Notis*.

(17) Facit *Nov.* 18. *Cap.* 10. Atque hæc pœna inficiationis ac mendacii, ut negans rei negatæ commodo privetur. Cui ut in proposito locus sit, requiruntur: 1.° Ut dolo neget vel lata culpa, si nempe scriverit, se possidere, non si per servum vel alium possidens, justam habuerit ignorantiam. Gutierr. *in Repet. Auth. Sacram. pub·rum n.* 61. Afflict. *Dec.* 18 *ibique* Cæs. Ursill *n.* 1 Gœl. *de Contr. stip. C.* 9. *n.* 102. Bergal. *Lib.* 5. *de Dolo. Cap.* 14. *n.* 8. Quidilas et scientia hic præsumitur, Warmser. *in Miscell. Obs* 10. Inteque in minore, quia non tenetur ex dolo præsumpto, locum hanc juri non esse vult Ursil. *d. lo. n* 3. Sane rusticum non excusari inde ignorantiam prætendentem, quod reo alteri locatam ipse se possidere nescierit, judicatum refert, Jo. Petr. Surd. *Decis.* 237. 2.° Ut directo seu specialiter neget. Secus si ita respondeat: Nego narrata prout narrantur, quia videtur negare quod est substantia libelli, non ejus circumstantias. Unde cautelam tradunt, ut reus non neget se possidere, sed narrata in libello. Marsil. *Sing* 242. *n.* 5. Sneidev. *in* §. 1. *I. de act. n.* 92. Itaque non invaluisse scribit Bergal. *d. C.* 14. *n.* 10. Et convenit Hering. *de Fidejuss. C.* 27. *P.* 1. *n* 222. *et seqq.* Sed hæc cavillatio potius et vafra elusio, ac circumventio juris videtur, quam cautio jure prodita, quo immo interrogatus clare respondere tenetur *L.* 20. §. 1. *de interr. in jur. fac.* Cui si quis locus esset, non tamen, nisi ubi actor interrogatione non usus, 3.° Ut in eo persistat. Revocari enim volunt posse, re integra, antequam de mendacio convincatur. Gutierrez. *d. loc. n.* 69. ante litem contestatam Bergal. *d. lo n.* 9. *et n.* 12. et facit arg. *L.* 25. *in fin. hoc.* 1. et quia actori antea non tam obfuit, nec eum probationi adstrinxit. Bergal *d. n.* 12. 4.° Ut actor petat hoc beneficium, et ut sibi adjudicetur possessio, non si ad probandam intentionem suam admitti velit, Bergal. *d. n.* 12. Recte. Eo ipso enim quod dominum se declarari petit, docere de jure suo paratus, possessionem tantisper adversario relinquat oportet, cum possessione ad se translata, probationem eam expedire, atque partibus actoris fungi nequeat §. 2. *I. de act.* ut *C. seq. n.* 5. Denique 5.° ut convincat ipse adversarium, quod possederit tempore quo negavit. Aliud, si aliunde id consiet sine onere actoris, quia dispositioni huic junctim caussam dedere et odium menticntis, et onus probandi petitoris, ita Sneidevin. *in d.* §. 1. *n.* 91. Bergal. *d. loc n.* 11. *et n.* 27. Qui in hoc litem mihi non facit. Fides enim ubi fit rei in judicio quid refert quomodo fiat: ægre an facile veritas eruatur, aut qui minus coercenda, improbior certe mentiendi impudentia, quo convictu facilior. Plane ut convincatur, in præsenti possidere oportet *d. L. ult. h. t. L.* 24. §. *ult de jud.* veluti, quod naturaliter rei insistat, fructus colligat, agrum colat, etc. Nec accedere possum W senb *in h. t. C. n.* 51. ac Sneidev. *in d.* §. 1. *n.* 97. putantibus satis esse, si probetur rem quandoque a reo possessam fuisse. Inde enim præsumi etiam nunc possidere, *L.* 16 *C. de prob.* aut dolo amisisse, donec contra probet, *L.* 17. *de exc. rei jud.* Nam si non utique ex præterita possessione præsens colligitur, ubi de commodis possessionis agitur, ut fuse Menoch. 6 *Præs.* 64. minus, ubi damnum vertitur. Et qui, quæso translatio fit, nisi constituto de præsenti possessione: Enimvero expeditiori medio actori hic consuli potest, si recte post Ang. et Jas. in *d. L. ult.* Sneidevin. *in* §. 1. *I. de act. n* 90. Jo. Petr, Surd. *Decis.* 237. *n.* 1. Mode. *in d.* §. 1. vers. *aut cum eo agit.* 12. ut simul atque reus negaverit se possidere, petat actor se mitti in possessionem rei quæ non defenditur, tanquam quæ vacet. Quod ita quidam admittunt, ut tamen per hoc non consequatur possessionem irrevocabilem, Alb. Galeot. *Margaritæ controv. Cap.* 14. *n.* 17. Traditur et dispositio *d. L. ult.* ad eos qui alieno nomine prætendentes, proprio convicti, etc. ut *supra N.* 11. Itemque ad Emphyteutas, et similes, ut si negaverint jus domini superioris, suo cadant, Marsil. *Singul.* 242. *n.* 2. et 3. Nam et hinc feudum committitur 2. *Feud.* 26. §. 3 Pluribus de hac inficiationis pœna Afflic. *Dec.* 18. ibique Cæs. Ursil. ut et Prosper Caravita et Hiero. de Martino remissive multis citatis, Guido Papæ *Consil.* 3. Cacheran. *Decis.* 29. *n.* 2. et 3. *Tessauc. Decis.* 50. Anton. Fab *Codic. suo hoc titul. Defin.* 7. Cæs Bergal. *Lib.* 5. *de Dolo Cap.* 14. Confer. Hering. *de Fidejuss. C.* 27. *Parte* 1. *n.* 210. *et seqq.* Transfertur autem possessio per judicem *d. L. ult.* id est Prætorem, ut exponit post Baronem *Lib. Var. QQ. de Jurisd. f.* 44. Scip. Gentil. *Lib.* 1. *de Jurisd. C.* 15 salvo proprietatis jure, Afflict. *d. Decis.* 18 *n.* 2. Nam is, a quo translata est, rem vindicare potest ab adversario, versa vice ex reo actor effectus, Bergal. *d. C.* 14. *n.* 21 Sneidevin. *in d.* §. 1. *n.* 95. non autem exceptione domini obiecta, translationem possessionis impedire, Menoch. *Adip. poss. Remed.* 1. *n* 124. nec si in continen-

ad heredes possessoris hoc jus pertineat, ut si non possident, non teneatur: an potius in rem actio non solum detur adversus possessorem, sed etiam adversus possessoris heredes. Quæstio aliquot fragmentis divisa sub hoc titulo D. et decisa paulo obscurius: quo magis ea expendenda est. Quæstionem movit exemplum actionum in personam. Hæ, si pœnales ex maleficio non sint, non solum adversus debitorem competunt, sed etiam mortuo debitore adversus heredes. §. 1. *Instit. de perp. et tem. act.* Quidni igitur idem putamus servandum in actione in rem? Et de utroque genere hoc in universum præcipiendum et tenendum est, actionem in personam quæ pœnalis ex maleficio non sit, in heredes debitoris dari: actionem autem in rem solum per se adversus possessoris heredes tanquam heredes, nunquam. Id, cognita utriusque actionis natura de qua initio diximus, cognita item conditione et persona heredis, nullo negotio ita esse intelligemus. Actio in personam est adversus eum qui nobis obligatus est, eaque unam hanc obligati personam sequitur: unde et in personam *d. L. actionum, D. de obl. et act.* §. 1. *Instit. de act.* At heres etiam in obligationem defuncti quæ non sit pœnalis ex maleficio, succedit, §. *ult. Inst. de loc. et cond.* Idque est quod aliis verbis traditur, hereditatem obligare nos æri alieno. *L. more, D. de acq. her.* Necesse est igitur et heredem obligatum eadem actione teneri. Contraria definitio actionis in rem. Hæc rem sequitur, et propter rem, ejus rei possessorem, *L. 2. C. si unus ex plur. her.* Cui consequens est ut, si heres possidet idem quod defunctus, teneatur quidem: at non tanquam heres, sed tanquam possessor: si non possidet, non teneatur, etsi maxime sit possessoris heres: posteaquam hæc actio non personam unam certam sequitur, sed rem: qua remota, etiam in rem actio tollitur.

XII. Exstat tamen hac de re distinctio sub *tit. D. de rei vind.* quæ in speciem videri potest ex parte repugnare. Ideo cujusmodi sit, videamus. Omni ex parte consentientem reperiemus; sed talem, quæ definitionem supra a me positam explanet. Distinctio igitur hæc est. Cum quæritur utrum in rem actio detur adversus heredem possessoris, interest utrum possessor decesserit ante judicium acceptum, idest priusquam cum eo in rem actum esset et lis cum eo contestata, an vero post judicium de ea re acceptum.

XIII. Si ante decessit, lex superior per omnia hic servatur in herede. Si heres possidet itidem ut defunctus, tenebitur non quia heres, sed quia possessor. Si non possidet, non tenebitur, quamvis defunctus mala fide possessum dolo malo possidere desierat. Et si ex pluribus heredibus unus tantum possidebit, hic tenebitur solus, cæteri non tenebuntur: hoc in *L. eum autem*, 52. *L. si possessor*, 55. *D. de rei vind.* Sane si possessor malæ fidei possessor fuit, et fructus percepit ex re possessa; quatenus ex ea re (18) heredes locupletiores facti erunt, eatenus eos teneri placet, et qua locupletiores sunt, restituant: sed tenentur actione in factum, non in rem actione, *d. L. eum autem*, 52. *eod.* Qualis ergo est hæc actio in factum? Non in rem ne utilis quidem; sed in personam, nata ex maleficio defuncti, prodita iis constitutionibus quibus placuit injusta lucra exturqueri malæ fidei possessorum heredibus, ne alieno scelere ditentur: quæ commemorantur in *L. in heredem, D. de dol. L. quod diximus*, §. *ult. D. quod met. caus. L. unica, C. ex dol. def. in quant. her. tene.*

XIV. Quod si post judicium acceptum decessit possessor, idem judicium in heredem datur, si is possideat: quo casu dolos quoque et culpa ejus in judicium venit: sed hoc totum, non tam quia heres est, quam quia possessor ejusdem rei cujus et defunctus: et hæc sententia est *L. si in rem*, 51.

ti probare velit, Sueidevin. *in d.* §. 1. *n.* 90. Ex his omnibus apparet, etsi hic duo extrema, ut *supra* N. 2, semper tamen alterutrius probandi onus declinari posse. Nam si reus fatetur se possidere, nil nisi dominium probandum. Sin negat, probato solum possessione rei, commodum possessionis ea translata, ipse actor nanciscitur Hoc interest quod, posteriore casu, nulla sententia de principali lite dominii, neque inde exceptio rei judicatæ nascitur, quæ adversarium, si ipse vindicet, repellat. Ideoque, si principalem una quæstionem terminari velit petitor, sententiamque qua dominus declaretur, ferri desideret, si forte probationes dominii expeditas habeat, remedio *d. L. ult.* relicto, in lite procedat oportet. Cæterumquin, possessionem ipse adeptus, non habebit amplius vindicationem, qua neget rem adversarii esse, ut *Cap. seq.* N. 5. etsi illo vindicante, contra ipse vindicare, ac fiducia sui juris probationem ipse suscipere queat.

(18) Et si quid ad primum heredem pervenit, tenetur quoque heres heredis, etiat ad hunc nihil pervenerit, *L.* 17. *Quod. met. ca.* Vasq. 2. *Ill. Contr.* 96. *n.* 27. Virgil. Pingiczer. *Ill. Q.* 49. *n.* 50.

*D. de rei vind.* Sed etsi heres non possideat, tamen judicium idem in eum transfertur, quo tenetur ex persona defuncti, damnaturque eodem modo quo ille damnaretur, si viveret: de quo exstat definitio Pauli in *L. si in rem.* 42. *D. eod.* in hæc verba: *Si in rem actum sit, quamvis heres possessoris, si non possideat, absolvatur, tamen si quid ex persona defuncti commissum sit, in condemnationem veniet.* Significat igitur heredem etsi non possideat, tamen lite cum defuncto (19) contestata, teneri eadem actione ex persona defuncti, quamvis ipse non possideat: nam si qui possideret, teneretur ex persona sua non defuncti. Et hoc dummodo aliud commissum sit ex persona defuncti, ut Paulus loquitur: quod sic interpretandum est, dummodo aliquid commissum sit a defuncto quamobrem ipse damnari deberet, quamvis non possideret; ut sic videlicet inciperet heres esse in eadem caussa, et eamdem damnationem subire. Quod accidit, si jam ante litem contestatam desiisset defunctus dolo possidere; aut si bona fide possidens, cum conveniretur, temere ad judicium provocavit, et res petita deinde periit: aut caussam quidem habuit cur ad judicium provocaret, sed res postea periit dolo malo ejus aut culpa: qui casus indicantur in *L. illud, D. de her. petit.* Ex his, inquam, omnibus caussis etiam in heredem judicium transfertur, quamvis ipse non possideat; et quod defunctum præstare oporteret, si viveret, idem et adversus heredem veniet in condemnationem. Sed videtur Paulus hic pugnantia secum scribere. Prius enim dixerat heredem, si non possideat, absolvi; quem nunc ex persona defuncti etiam non possidentem damnari ait. Sed hæc sic accipienda sunt, ut heres si non possideat, absolvatur ex persona sua; qui tamen etiam non possidens damnari debeat ex persona defuncti. Ergo saltem hoc casu rei vindicatio in heredem datur. Neque enim damnaretur eodem judicio heres, nisi prius translata adversus eum actione. Id autem videmur negasse. Minime vero negavimus. Transfertur in proposito rei vindicatio adversus heredem quamvis non possidentem: sed non ipsa per se, verum alia actio in personam, et ea principaliter quæ translata simul quoque secum trahit actionem in rem per consequentiam. Meminisse enim oportet ejus quod in contractibus suo loco diximus, cum judicio agitur adversus aliquem, eo judicio accipiendo et ea litis contestatione contrahi a reo obligationem judicati: dum scilicet reus judicium accipiendo hoc promittere intelligitur actori, si res adversus se judicata sit, se judicatum soluturum: idque ita traditur in *L.* 3. §. *idem scribit*, *D. de pecul.* Ex hac obligatione oritur quoque actio judicati: quæ ut ex contractu nata, in personam est. Hæc vero tum obligatio, tum actio quoque in rem quæ in judicium deducta erat, una cum judicio ipso adversus heredem transferatur. Obligatio enim judicati, quæ heredem obstringit, hoc continet, ut heres in judicio cœpto perseveret, hujus eventum suscipiat, et quod judicatum erit, id præstet. Cui obligationi cum heres parebit, perspicuum est eam obligationem ab herede susceptam una secum adjunctam trahere in rem actionem.

(19) Vasq. 2. *Ill. Contr.* 95. *n.* 25. ubi *n.* 26. idem esse, si per defunctum steterit quominus lis contestaretur *L.* 19. §. *ult.* vers. *ult. si quis caut.*

## CAP. IV.

### Qua de re actio in rem competat.



I. De personis inter quas in rem actio constituta est, satis; sive eum quærimus cui, sive eum adversus quem competat: quorum etiam in utroque quid actori ad rect m institutionem spectandum et servandum esset, diximus. Postquam sic est actio omnis ut, quemadmodum est inter aliquos, ita sit de re aliqua de qua inter eos agitur, §. 1. *Inst. de act.*: personis cognitis, videamus quod est proximum, qua de re hæc actio competat, et quid hic quoque actori servandum sit ad actionem recte instituendam. Et jam ab initio qua de re hæc actio competat definitione complexi sumus. Sed breviter, ut postulabat natura definitionis. Nunc id agendum est, ut id totum nobis plenius explicetur, videamusque, quid hac parte ad rectam institutionem contineatur. Summa autem hæc est. Competit in rem actio, seu rei vindicatio de re corporali nostra, et ea una aliqua et certa, sive tota petatur sive pars; quam et ipsam certam peti oportet, nisi si qua necessitas incertæ partis petitionem admittat. Hæc ordine expendenda sunt.

II. Competit in rem actio de re corporali, sive ea mobilis est sive solo continetur, *L.* 1. in pr. *D. de rei vind.* Ea re admonemur, non competere hanc actionem de servitutibus quæ res incorporales sunt.

III. Sed quid attinet hoc moneri, dixerit aliquis, cum nihilominus de servitutibus, et his solum nostris itidem sit in rem actio? An non inter res corporales aliæ sunt mobiles, aliæ res fundi, ambæ inter se longe dissimiles? De omnibus tamen una et eadem actio in rem competit, *d. L.* 1. Quid igitur prohibet, etsi servitus alia res est quam corporalis, tamen cum ea tanquam res nostra petitur, de ea unam et eamdem esse in rem actionem? Et eo pertinet moneri, ut sciamus harum rerum maxime distinctas esse actiones; non diro rebus, quarum diversitas actionem non mutat: sed genere ipso et conditione actionis. Itaque hujus loci est ut paucis norimus quid tantum inter harum rerum actiones

intersit, ut eas rebus ipsis jam ab initio distingui oporteat. Et inter actiones harum rerum differentiæ insignes sunt duæ.

IV. Una est hæc: quod in rebus corporalibus domino de re sua una est actio prodita confessoria, id est ea per quam fateatur et intendat rem suam esse; nulla negatoria, id est nulla per quam neget rem esse possessoris cum quo agitur. In servitutibus contra de his utraque actio constituta: confessoria servitutem vindicanti, et negatoria servitutem se debere neganti, §. *æque*, illic, *quod genus actionis, Inst t. de act. L. 2. D. si serv. vind.* Cur hæc tam varie? Non sane quod non perpetuum jus sit tam in servitutibus qoam in rebus corporalibus, nulli competere posse actionem in rem de re sua, nisi ei qui rem quam petit, suam esse dicat et probet: sic enim est civilis omnis actio in rem. ut per eam rem nostram petamus, *L. actionum, D. de oblig. et act.* sed quia in otroque genere rerum non idem negatio actoris efficit. In controversia rerum corporalium qui negat rem aliquam corporalem esse possessoris, non ideo vincit suam esse: potest enim oec possessoris esse nec petitoris, *l. si inter, D. de exec. rei jud.* Quæ res facit, ut nulli rem corporalem suam petenti utilis esse possit ad eam petitionem actio negatoria. In servitutibus contra qui negat se vicino servitutem debere, verbis unam rem negans, vi ipsa aliam suam esse affirmat, quam idcirco ex lege omnium in rem actionum communi recte vindicat. Ea autem est libertas, quam quisque negata et amota servitute rei suæ asserit. Jure igitur fit, ut ad hanc libertatem asserendam sit in rem actio per inficiationem servitutis, a qua negatione actio dicitur negatoria. Ita dum servitus negatur, quod fit ab initio, negatoria dicitur hæc actio. Dum autem negatio huc spectat ut per hanc asseratur rei sua libertas, vere et effectu est actio confessoria.

V. Altera differentia est, quod in rem actio de re corporali nunquam ultro possessori (1) datur, *L. 1. §. penult. D. uti possid. § æque*, circa fin. *Instit. de act.* Contra ac-

(1) Scilicet si et naturaliter rem teneat. Quin enim civiliter possidenti detur contra possessionem corporalem habentem, non ambigitur, Oldend. *Clas.* 3. *Act.* 2 *pag.* 303. Wes. *in Rub. C. h. t. n.* 9. *et in Supplem. ad Sneidevin. in § possidere l. de interd. n.* 88. Bronch. 1. *Ass.* 75. Ita enim datur contra eum qui rem commodatam a domino accepit *L.* 9. *C. h. t.* vid. *supra Cap.* 3. *n.* 6. etsi is possessionem retinuerit *L.* 8. *Commod.* Hotom. *in d.* §. 2. Nec anus, inquit, ulla tam excors quæ de hoc (quod possidenti non detur in rem actio) dubitet. Inde *d.* §. 2. emendat, pro *possidat, non possidet*, et pro *actoris*, reponens, *alterius* Atque ita legans. Et, qui non possidet, non est actio per quam neget rem alterius esse. Notatus a Charond. 3. *Verisim.* 21. Bis peccat Hotom. 1.º dum negat, dubio vacare vulgatam lectionem affirmat 2.º quod aliam longe minus dubiam substituit. Ratio enim communis vel rustico et puero dictat non sequi: Res tua non est: Ergo mihi eam restitui par est. Ast vulgatæ lectionis sententiæ justa dubitandi caussa ex *L.* 12. § 1. *de acq. poss.* Quæ ipsa, non anus vecordes, sed interpretes haud gregarios movit ut statuerent, etsi possidenti non sit actio ad id ut adversarius ad restitutionem condamnatur, dari tamen eam, si simpliciter petat se dominum declarari, arg *L.* 1. *C. de Carb.* et Guido Papæ *Q.* 219. *n.* 2. Bellon. *l. Supput.* 19. Tiraq. *Tr.* le mort saisit le vif, *P.* 6. *Declarat.* 2. *n.* 9. Menoch. *Retin. possess. Remed.* 3. *n.* 53. Coutar. *idem Adip. poss. Rem.* 4. *n.* 349. *et seqq.* Quorum opinio, etsi merito reprobanda sit *d.* § 2. e diametro opposita, cum nec hic verus haberi possit adversarius, et per ea quæ Hartm. Pist. *Lib* 4. *Q.* 18. *n.* 6. *et* 7. alio tamen remedio in foro uti consultum erit, quo idem pene efficitur. Traditur enim hæc cautio, ut curet se ab aliquo diffamari et veluti turbari in sua possessione, eaque occasione judicium generale contra quoscunque prætendentes jus in re fundet Qua de re, consule Blarer. in *L. diffamari C.* 6. *n.* 72. *et seqq. et Cap.* 12. *ac ult. n.* 6. Contard. *in eand. L. C.* 3. *n.* 118. Quod num mero jure tueri possint, ipsi viderint. Novi enim quantum in universum, vulgarem istius legis diffamari usum qui hodie in foro creberrimus, haud frivolis argumentis impugnaverint Fr. Sarment 1. *Select. interpret.* 2. et Ant. Fab. 51. *Err. Prag.* 1. 2 3. tanquam, quo natura et ordo judiciorum invertatur, expedita ratione incautos calumniose aggrediendi. Quod tamen remedium, everriculum omnium mendaciorum vocat Freher. *L.* 2. *de Fama C.* 17. *n.* 2. Et Oldend. in *d. L. diffamari initio* id huic corrupto seculo ap rime convenire, i sique decalogo modis omnibus respondere censet. Ac sane, si intra suos cancellos hic usus cohibeatur, forsan non nimiopere damnandus. Qui si juri scripto, non convenit; At longa tamen consuetudo, per annos plurimos, ubique observata, jus non scriptum effecit. Quo de remedio, si doctrinam expetis, adi præter Coguol. Contard. et d. Blarer. *in eand. L. com.* Gaill. 1. *Obs.* 9. *et* 3. *seqq.* Myns. 3. *Obs.* 78. *et* 86. 5. *Obs.* 81. *et* 6 *Observ.* 90. Meland. *Comm. Cameral. P.* 2. *f.* 457. *et seqq.* Sigis. Scaccia *Lib.* 1. *de Judic. causs. civ. crim. et hæret. C.* 34. *n.* 32. *et seqq. et C.* 97. *n.* 4. *et seqq.* Trentac 1. *Pract. Resol. Tit. de Diffamation. Resol.* 1. Wes. *Cons.* 6. *n.* 212. *et seqq. et Cons.* 96. Ca-

tio in rem de servitute tam ei datur qui possidet, quam qui non possidet: ut nihil prohibeat in hoc genere eumdem servitutis petitorem esse et possessorem. *L. etsi*, §. 1. *L. sicut*, §. *sed si quæritur*, *D. si ser. vind.* Quæ differentia ex (2) conditione possessionis istarum rerum nascitur. Rem qui vere possidet et habet apud se, hanc haud dubie non potest actione in rem petere: non solum quia sufficere ei debet quod possidet, ut est in *d. L.* 1. §. *penul. uti possid.* sed etiam si quis se dicat rem possidere et nihilominus eam petat, aperte se sua ipsius intentione excludit. Dicetur enim ei: Tu petis rem ab adversario, tanquam qui teneat et habeat restituendi facultatem; at ille non habet, ut tenes. Petis ut tibi restituatur; at habes, et res penes et est, et hoc ipsum te tenere contendis. Quapropter neque utilitas possessoris, neque natura rei patitur, ut possessori rei detur vindicatio, quamdiu rem tenebit et apud eum erit rei possessio. Hæc possessio in rebus corporalibus cum sit penes eum qui rem tenet, et quamdiu ita tenet certa sit illi hæc possessio nec sit in adversarii potestate: eo fit ut in hoc genere rerum nunquam possessori detur in rem actio. In servitutibus, si de eo qui est in possessione servitutis idem dicere liceret, sine dubio et de actione in rem illi non danda idem statueremus. Sed ita est ista servitutis possessio, ut natura magis pro possessione non habeatur. Nam qui servitutem possidet, in alieno possidet, estque hæc omnis possessio in potestate ejus qui servitutem debet, non ejus cujus est servitus. Ut puta, tignum immissum habeo in parietem tuum jure servitutis. Per caussam tigni possideo habendi consuetudinem, ut est in *L. servitutes*, 20. *D. de serv. tut. urbanor. prædior.* habeor denique pro possessore servitutis, et tanquam possessor hujus ipsius partes in judicio de servitute sustineo, *L. sicut*, §. *sed si quæritur, si ser. vind* Sed hæc omnis possessio, ut et servitus ipsa, est in tuo: quam ob caussam et in tua potestate est, quoties voles hanc possessionem mihi adimere, sublato pariete tuo aut tigno præciso. Non mirum si hæc possessio non habeatur idonea ad servitutem habendam possessori, eoque nec quidquam obstet servitutem habenti quominus servitutem recte ultro vindicet, et eam in tempore retineat, et tamen jure tanquam possessor fruatur commodo suæ cujusque possessionis.

VI. Competit in rem actio de re corporali nostra: ut intelligamus quod monuimus initio, si quæ res corporalis nostra non sit,

*cheran. Decis.* 151. Meichsner. *Lib.* 1. *Decis. Camer.* 5. Hartm. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 5. Plane, si quod superius ex Blatero retuli obtineret: benignius tamen foret ne noceat id judicium generale postea vindicanti, si juste impeditus, quo minus, termino præstituto, jus suum deduceret, præsertim si de eo tunc ipsi nondum constabat, per ea quæ Scaccia *d. Lib.* 1. *C.* 8j. *n.* 17. Enimvero sæpe possessione lis petitorium judicium præcedit. Eaque caussa prius dirimenda cum contenditur uter possideat *L.* 1. §. 3 *uti possid. L. ordinarii* 13. *C. h. t.* vid. Covar. *Pract. QQ. Cap.* 17. Gail. 1. *Obs.* 5. Unde disceptatio, num interdictum retinendæ cum rei vindicatione eodem libello proponi queat? Quod negat Don. noster ad *L*, 3. *C. de interd.* vid. Tavard. ad *L.* 3. *C. de interd. n.* 16. *et seqq* Menoch. *Retin. poss. Remed.* 3. *n.* 510. *et seqq.* Hart. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 18. Obrecht. *Disp. de Rei vind. P.* 2. *ad d. L.* 13. *C. h. t.* Wes. *Cons.* 21. *n.* 23. *et n.* 29. *etc.* Controversia autem proprietatis præcedit litem possessionis *d. L.* 1, §. 3. Ejusque initium esse potest a possidente. Qui tamen non ideo actor in principali judicio petitorio, *d.* §. 3. Etsi ei non obstitit possessio quo minus auctor esset controversiæ ac litis de proprietate, dum contendit se possidere. Nec fere alia ratio veteris litis vindiciarum, quam plerique possessorio summariissimo comparant, vid. Menoch. 3. *Retin. poss. n.* 8. *et seqq. et Prælud. Recup. n.* 31. Cujac. 2. *Obs.* 35. *etc.* Sane uno casu qui possidet, nihilominus actoris partibus fungitur, dicitur *d.* §. 2. Quibus in verbis interpretes mire et misere torquent. Et Gifan. *ibid.* totam clausulam spuriam censet. Alii vero vocula *non* inserta, *non uno casu* legunt, Don. noster ad *d.* §. 2. *n.* 35. Duar. ad *L.* 15. *de op. no. nunc.* Charond. 4. *Verisim.* 2. Pac. 7. *Enant. Q.* 15. A. Fab. 20. *Conject.* 15. Ant. Matthæ. *in not. d.* §. 2. Alii *hoc casu*, scilicet actionibus negatoriis, Baro *ibid.* et Cuj *o. in not. ac Comm. postum.* Vital. 2. *Var. Lect.* 12. *n.* 2. Neutram lectionem ut probem, manuscripti libri efficiunt, in quorum pluribus diversis in Bibliothecis publicis vulgarem lectionem reperi. Ut et in duobus Clariss. Obrechti, Argentinæ: *in uno casu* cum tertius ejusdem haberet *uno quoque casu* Hinc in exquirendo illo alii valde insudarunt. Variantesque expositiones sunt Cujacii 9. *ad Afric. in L.* 15. *de op. no. nunc.* (secum, ut sæpe alias, non convenientis.) Rob. 1. *Rec. Lect.* 18. Cont. 1. *Subsec. Lect.* 1. Govean. 1. *Var. Lect.* 41. Vult. Usill. Mudæ. et Hortens. *ad. d.* §. 2. Fachin. 10. *Contr.* 85. Marc. Lycklama 3. *Membranar.* 10. Fopp. ab Æsema 2. *Dissert.* 1. Quas exponere et expendere nimis longum foret. Aliqua differo et præsens in tempus omitto.

(2) Recte: Adde et huc transfer, *supra Lib.* 10. *C.* 12. *N.* 2.

etsi maxime ad jus nostrum pertineat, ut bona fide possessa, item pignori obligata, eam alia actione in rem peti posse, hac actione non posse. Rem nostram hic dicimus, non quæ quovis modo nostra dicitur, sed quæ proprie nostra est, id est dominii nostri. Sic enim est hæc actio jure civili, si quis dominium suum vindicet, ut est in §. *namque. Inst. de act.* et ut ante diximus, competit ei soluni qui jure gentium aut jure civili dominium acquisivit, *L. in rem*, in pr. *D. de rei vind.* Proinde si qua res nostra dicitur usu loquendi communi non simpliciter sed cum adiuncto, si ea dominii nostri non est, nec ea quidem peti potest hac actione.

VII. Hujusmodi res sunt (3) loca sacra, religiosa, liberi nostri quos in potestate habemus. Sacra Romani etiam privata habuerunt, quæ privatim quisque sua et domestica appellabat. Fuerunt et singulis sepulcra privata et familiaria quæ item sua appellabant. Et nunc etiam pleræque familiæ in locis publicis humationi destinatis sepulcra privata et tanquam familiæ propria habent. Placet tamen nihil horum hac actione peti potuisse aut nunc posse ab iis, ad quos ea pertinent, *d. L. in rem*, §. 1. *eod.* Non alia de caussa quam quod dominii nostri non sunt; quod nunc quærimus. Sunt enim hæ res divini juris quas constat in bonis non esse, *L.* 1. *D. de rerum divis.* Cur ergo hæc nostra dicimus? Dicuntur hæc nostra non simpliciter, sed cum ita loquimur ut dicamus sacra nostra, sepulcra nostra: qua adjectione significatur hactenus hæc nostra esse quatenus sacra et religiosa nostra esse possunt. Sic autem nostra esse possunt, ut his uti possimus soli ad usus sacros et religiosos ad quos illa parta habentur. Quam ad rem etiam suæ sunt actiones de quibus in hoc genere rerum diximus. Quæ religiosis adhærent, et ipsa religiosa sunt, ut tigna sepulcro juncta quæ, ne remota quidem, religiosa esse desinunt. Ideo nec remota vindicari possunt, *L. quæ religiosis, D. de rei vind.* Et hoc propter religionem. Alioqui in privatis ædificiis tignum ædibus junctum quandiu quidem cohæret, ejusdem domini est cujus et ædificium; diruto autem ædificio, tignum ad veterem dominum redit: de quo diximus suo loco, *L. adeo*, §. *cum in suo*, *D. de acquir. rer. dom. L. in rem*, §. *ult D. de rei vindic.* In his tamen quæ aliena sepulcro juncta sunt, sic de his consulitur domino, ut detur ei in factum actio extra ordinem adversus eum qui juncta habet, ut junctorum æstimationem restituere cogatur, *d. L. quæ religiosis.* Quod sic accipiendum est, si modo is sit cum quo agitur, qui mala fide non junxerit. Nam qui junxit mala fide, is dolo possidere desiit: quo modo qui desiit possidere, is ordinaria actione in rem tenetur, ut diximus. Est autem ista in factum actio illa cujus meminit idem Paulus in *L. in rem*, §. *item quæcumque*, *D de rei vind.*

VIII. In eadem caussa sunt liberi nostri, etiamsi maxime in potestate nostra sint. Potestas quidem patria haud multum distat jure vetere Romano a dominio servorum. Nam ut dominis in servos jus vitæ et necis fuit, quod postea ab Imperatoribus mitigatum est, §. *ultim. Inst. de his qui sunt sui vel alie. jur.* ita et patri in liberos quos in potestate habuit, *L. in suis*, in fin. *D. de liber. et postum. L. ultim. C. de patr. potesta.* Sed tamen inter conditionem servorum et liberorum nostrorum semper hoc interfuit, quod servi sunt in dominio nostro: liberi autem nostri, quia homines liberi sunt, nullius sunt in bonis, *L. inter*, §. *sacram*, *D. de verbor. obligat.* Etsi igitur hos liberos, nostros dicimus, et propemodum ita nostros, ut servos nostros dicere solemus; tamen quia dominii nostri non sunt, hac actione non magis peti possunt quam res superiores: hoc Ulpianus in *L.* 1. §. (4) 1. *D. de rei vindicat.*

IX. Sed quia eos a nobis peti sæpe expe-

(3) Atqui res sacræ vindicari dicuntur *L.* 21. *C. de SS. Eccles.* Male Pac. 3. *Enant. Q.* 42. non vindicari quasi nostras *d.* §. 1. vindicari ratione qualis qualis juris actori competentis, ac fere Coras. *in L.* 12. §. 1. *de acq. poss. P.* 2 *n.* 32. Melius Wes. *ad h. t. C. n.* 26. non suo nomine eas vindicare Episcopos *d. L.* 21. sed Ecclesiæ, in cujus quasi quodam patrimonio existunt. *Novell.* 120. Ast rectius dicemus voculam *vindicari* non persecutionem judicialem illic denotare, sed exemptionem quanvis ac liberationem ab humanis nexibus quibus hæ res non jure quidem, sed hominum abusu (seu de facto, ut vulgo) illigatæ magistratus forsan o e, ast citra judicii solemnia. Quia et veteres *vindicare* pro auferre, eximere usurparunt. Taubman. *in Plaut. Trinummo Act.* 3. *Sc.* 2. Nam quod in ead. *L. vers. seq.* exactio datur per diversas *actiones* id ita: si res sacræ formam suam mutatæ, in aliam speciem transierunt.

(4) Azo *in Summa C. h. t. n* 10. sic explicat: Si a nullo detinetur filius, sed ipse sui controversiam facit, contendens se non esse in potestate: cognitio prætoria pro exhibendo et ducendo, item præjudicialis actio non autem interdictum de liberis exhibendis,

dit, ut retrahantur ad jus et potestatem nostram, utile fuit etiam in eam rem actiones constitui. Et sunt constitutæ quatuor: de quibus ideo per occassionem subjicit Ulpianus. Petuntur igitur, inquit, liberi qui sunt in potestate, aut præjudiciis, aut interdictis, aut cognitione prætoria, aut adeo hac ipsa actione in rem, sed adjecta caussa ex jure Romano seu ex jure Quiritum. Præjudicia (5) intelligit actiones præjudiciales; quibus locus est adversus filium ipsum qui se filium negat, quem pater filium suum esse contendit, utpote natum ex uxore sua, et justis nuptiis. Hunc enim filium definimus, *L. filium. D. de his qui sunt sui vel alieni jur.* De hoc genere scripsi ad *§. præjudiciales, Instit. de act.* Interdictis petuntur liberi qui sunt in potestate nostra, duobus: uno quod est de liberis exhibendis; altero quod est de exhibitis ducendis: quibus locus est, cum liberi nostri ab aliquo detinentur: et eo spectant ut liberi ab eo qui tenet, exhibeantur: exhibitos nobis pro potestate domum ducere liceat, ubi imperio nostro subjiciantur: exstant hæc interdicta in *L. 1. et L. 3. D. de lib. exhib. item duc.* Cognitioni prætoriæ de liberis locus est, cum neque filius tenetur ab alio et idem se filium fatetur, sed se in (6) potestate patris esse negat, quamobrem et se ab eo pro potestate duci non patitur, *L. 3. §. 1. de lib. exhib. item duc.* Hæc actio dicitur prætoria cognitio, quia de hac re sic olim adibatur prætor Romæ, aut præses in provincia, ut ipsum cognoscere de ea querela patris oporteret, cum in cæteris fere caussis liceret prætori judicem dare qui cognosceret et judicaret. Per excellentiam igitur dicta hæc cognitio prætoris, quia esset prætoris solius, non ullius judicis a prætore dati. Rei vindicatione, idest hac ipsa in rem actione de qua nunc agitur, etiam placuit liberos nostros quos in potestate habemus, peti posse adjecta hac caussa (7) ex jure Romano, seu ex lege Quiritum: quia hac adjectione temperatur vindicatio, et hoc significatur patrem petere filium suum tanquam rem suam; attamen suam, quatenus pro potestate patria jure Romano constituta suam dicere liceat. Quod si hæc actio ita temperata in rem, hinc licet colligere non esse huic intentioni et actioni locum adversus filium ipsum, sed adversus eum qui filium apud se habeat, detineat: quoniam non est in rem actio nisi adversus possessorem. *L. actionum, D. de obl. et act.*

X. Competit in rem actio de re corporali una aliqua et certa, non comprehensim de pluribus. *Appellatio enim rei*, inquit Paulus *non genus, sed speciem significat*, L. si in rem, 6. *D. de rei vind.* Sic speciem nostri vocant id quod Dialectici individuum, idest rem unam aliquam singularem subjectam

nisi de adeunda hereditate agatur. Si a ud alium sua sponte, judicis officium, præjudicia et rei vindicatio adjecta caussa; non vero interdictum de liberis exhibendis, nisi detinens se patrem dicat: *L. ult. de Lib. exh.* sin invitus, interdictum *L. 1. d. t.* et rei vindicatio adjecta caussa; non autem præjudicialis actio, quæ solum contra filium ratione controversæ filiationis.

(5) Rævar. *Lib. 1. de Præjudic. C. 3. in fin.* præjudicia peti, quando conventi exceptio in præjudicium transit, id est, si quod objecerit, de quo prius cognoscendum quam de petitoris intentione Veluti cum qui petitur ut filius, servus dicitur esse possessoris. Quod non placet.

(6) Ita at A. Fab. 1. *Jurispr.* 8. *Princip.* 6. *illat.* 10. cum non quæritur an sit filius, sed forte de emancipationis jure aut veritate contenditur. Aliter Rævar. *Protribun. C.* 6. videl. *hic et in L.* 13 *§.* 2. *de minor.* significari, quando adversarius tacet, nihilque apud prætorem objicit. locommode.

(7) Hot. ad *§. præjudic.* 13. *I. de act.* et *in Epitomat. Pand. tit. de his qui sui n.* 6. pro *caussa* reponit *clausula*, nulla necessitate. Quin imo A. Fab. *1. Jurispr.* 8. *Princ.* 6. *illat.* 10. non intelligit formulam *ex lege Quiritium*, quia ea communia, sed *adjecta caussa* scilicet per quam appareat filium esse in potestate, et liqueat non peti tanquam rem nostri dominii; verbi gratia ita: Ex lege Quiritum, meum esse ajo *quia ex justis nuptiis suscepi.* Quo et resistunt quæ tradit Oldend. *Class. 4. Act. 2. p.* 302. ut proferatur caussa quare petatur, ne directo corpora liberorum petantur, cum crebro, quod absolute non licet, mediante caussa ita: Quomodo malo, quam cum Wes. *in h. t. C. n.* 83. expono re de jure speciali Quiritum veteato, quo liberi in potestate ac quasi dominio, perinde uti servi, in dominica potestate, aut cum Gœd. ad *L.* 22. *de V. S. n.* 8. caussam exponere, clausulam præjudicialem. Hoc jus protractum est ad incolas, quos ita civitates sibi vindicant *L.* 37. *pr. ad municip.* et colonos *L.* 14. *C. de agric. et censitis*, Oldend. *d. loc.* Sicque recte peti tradunt subditos a domino. per *C. dilectus* 55. *pr. de appell.* itemque vassallos, Bart. in *d. L. 1. §. 1.* Wes *in h. t. C. n.* 19 civam a magistratu, monachum ab abbate, Azo. *in summa C. h. t. n.* 8. Bart. *d. loc* Frid. Martini *de Jure censuum C. ult n.* 53. uxorem a marito, *C. illud de Præsumpt. ubi Gl* et Panorm. Frid. Martini *d. C. ult. n.* 51. Obrecht. *Disput.* 12. *C.* 5. *n.* 225. Non item debitorem a creditore, nec jure Saxonum quo manus injectio in eum quondam fuit, Wes. *d. lo. n.* 20.

oculis, quæ specieri, idest cerni et digito demonstrari potest, ut Stichum, Pamphilum hunc bovem, hoc tignum, *L. in stipulationibus*, *D. de verb. obl.* Hujusmodi rem et speciem hac actione peti dicimus. Unde et hæc actio specialis et petitio rerum singularum, ut initio indicavimus, *L.* 1. in pr. *de rei vind.* Illud animadvertendum quod ait Paulus, rei appellationem non genus, sed speciem significare, sic accipiendum esse in hac actione, ut est jure constituta. Nam alioqui verbum rei per se positum et vi sua non minus significat genus quam speciem: cum quidquid est nominatur uspiam tanquam sit aliquid, id sit res. Unde et genera dicuntur deduci in stipulationem, dum hoc significatur, res in stipulationem deduci generaliter comprehensas. *d. L. in stipulationibus de verb. obl.* Sed in hac actione rei verbum non nisi certam speciem significat. Id autem intelligitur ex adjunctis, non significatione verbi. Nam hæc actio jure proposita est de re numero singulari, ut significetur res una, non plures; et proposita est de re corporali. Non potest autem res corporalis una esse, nisi (8) species una et certa.

XI. Quid ergo, hac actione non licet eodem judicio plures res nostras ab aliquo petere, si plures ab eo possideantur? Immo licet, *L.* 3. §. *armamenta*, *L. vindicatio*, 56. *D. de rei vindic.* Unde et dicitur petitio rerum singularum, ut hic quoque plures res singulas peti posse intelligatur, *L.* 1. in pr. *eod.* Cur ergo dicitur rei vindicatio, id est rei et speciei unius ac certæ vindicatio? Ut intelligatur, si plures res petantur ab aliquo, non posse (9) comprenhensim peti uno verbo vel plurali vel collectivo, sed singulas nominatim designandas et vindicandes esse, neque aliter recte vindicari. Utputa, armamentorum verbo plurali significantur omnia, etiamsi sint multa et varia, quibus res aliqua armatur et instruitur ad usus necessarios: ut armamenta navis sunt, vela, funes nautici, anchoræ et alia similia. Sint hæc armamenta navis mea quæ possideantur ab aliquo. Non possum ita vindicare: armamenta illius navis mea sunt quæ tu possides, peto ut restituas: sed singula erunt vindicanda, inquit Ulpianus, *d. L.* 3. §. *armamenta*, *de rei vind.* Idem ergo et de suppellectile mea dixeris; ut si possideatur ab aliquo, non recte ita vindicem nomine collectivo: supellex mea a te possidetur, peto ut restituas: sed singulas res quæ sunt ex suppellectile, vindicare debeam: quod si faciam, recte vindicabo. Etiamne plures eodem judicio? Sane eodem judicio: neque metuemus ne isto modo vindicantibus nobis non conveniat actionis nomen; quasi tum futurum sit ut actio non dicatur rei vindicatio, sed rerum, ubi tamen rei vindicationem quærimus. Nam et in hac plurium rerum singularum vindicatione non minus per omnia cernetur rei vindicatio, quam vindicatio rerum plurium. Verborum complexum si spectamus, vindicatio rerum est, quia plures verbis simul vindicantur. Sin spectamus res ipsas verbis vindicationis expressas, est in singulis una et distincta vindicatio quæ et ipsa unius rei vindicatio est, non plurium. Atqui sic istam plurium rerum designatarum vindicationem accipere debemus, ut in hac spectemus res ipsas, ac quot res sunt expressæ, tot sint distinctæ vindicationes. Nam et hoc fit in stipulatione qua plures res nominatim stipulati sumus, puta Stichum et Pamphilum, ut quanvis complexu verborum una sit stipulatio plurium rerum, tamen re vera quot sunt res, tot existimentur esse stipulationes, *L.* 1. §. *penult. D. de verb. oblig.* Sic autem distinctis singularum rerum vindicationibus et stipulationibus, nihil verius quam unamquamque per se esse unius rei tum vindicationem tum stipulationem.

(8) Sic dicta, quod *specieri* seu cerni possit. Unde speciosi, dicti clarissimi *L.* 100. *de V. S.* quasi præ reliquis conspicui.

(9) Unde DD. libellum generalem hic non admitti. Quod Modestin. Pistor. *Cons.* 50. *n.* 3. 4. *et* 5. declarat, scilicet in iis quæ principaliter et per se petuntur, nec altera alterius appendix, sicuti *d.* §. 1. scapha non est instrumentum navis, *L. ult. de instr. leg.* Secus, si se habeant ut accessoria: ut si petitur castrum cum suis pertinentiis, *Das Scholz sampt den Dorffern unde Lugehorungen*: Cujusmodi petitionem tenere censet, contra Angelum, quia in *C. cum ad sedem* 15. *de rest. spoliat. et C. cum venerabilis de exception.* talis refertur, nec reprobatur. Et consentit Guido Papæ *Quæst.* 140. Sneidevin. *in* §. *curare* 32. *I. de act. n.* 19. Alb. Galeot. *Margaritæ aureæ C.* 13. *n.* 8. Mudæ. *in* §. 1. *I. de act. vers. vel cum eo agit. n.* 14. et Wes. *in h. t. C. n.* 19. valere etiam vindicationem feudi, licet complectatur jura, ut jurisdictiones, venationes: quia, inquit, hæc accessorie veniunt in consequentiam, nec alterant naturam principalis actionis. Verius itaque hæc jura vel generaliter supervacuo exprimi, cum rei petitæ insint aut inhæreant; facit *L.* 10. §. 1. *de usucap.* Quæ vero pertinentiarum nomine veniant, summatim ex Carolo Tapia percenset Arnold. de Reiger. *Thesauro juris fol.* 1108. *ac seq.*

XII. Rem unam hic non sic accipere debemus, quæ natura aut artificiosa plurium rerum inter se coagmentatione una sit; sed omnem cujus unum corpus est, etiamsi ex pluribus corporibus et iis distantibus constabit. Denique rem unam hic intelligimus corpus unum. Corpora qualiacunque sint, recte hac actione petentur verbo communi corporis, quamvis nihil earum rerum exprimatur quæ eo verbo continentur. Id sic enumeratione generum facile intelligetur. Corporum genera (10) tria sunt, tradita in *L. rerum*, *D. de usucap.* Unum quod (11) uno spiritu constat natura: ut homo, bos, lapis, tignum. Alterum, quod ex pluribus rebus opera hominum junctis, ex (12) cohærentibus constat: ut domus, navis, armarium. Tertium, quod ex pluribus corporibus (13) distantibus constat; ut corpora ra uni nomini subiecta, veluti grex, armentum, equitium. Hoc ergo dicimus omnia hæc uno verbo communi corpus quodque significante recte vindicari. Et de prioribus generibus duobus corporum nulla dubitatio est quin recte singula vindicentur. Sunt enim ejusmodi, quæ per se rem aut natura aut artificio juncturæ unam constituant.

XIII. De tertio potuit dubitari, ut de grege in quo sont forte centum aut ducenta capita solida ipsa per se et invicem ita distantia, ut nulla cohærentia jungantur. Sed quia et grex (14) corpus unum est, placuit gregem quoque verbo hoc communi recte vindicari, ut non sit necesse designare et vindicare gregis singula capita: hoc in *L. 1. §. ult. D. de rei vind.* Quod si ita est, vere supra definivimus, nullum esse genus corporum, quod non verbo uno totius corporis recte vindicetur, ut non sit necesse singulas ejus corporis veluti partes vindicare. Gregem autem pro nostro sic recte vindicabimus, non solum si singula capita gregis nostra sint, de quo nemo ambigit; sed etiam si (15) majorem numerum in eo habeamus, ut non omnia capita sint nostra: hac lege tamen ut, condemnato possessore in restitutionem, non veniant aliena capita, *L. 1. in fin. L. 2. in fin. D. de rei vind.* Nec mihi gregem simpliciter ita vindicanti obstabit qnod non omnia capita quæ sunt in grege, mea sunt. Non enim totam illam multitudinem ovium quæ constat etiam ex alienis capitibus, vindico: sed vindico gregem meum: is autem meus est qui constat ex capitibus et corporibus meis. Quod si in collectione multorum capitum par numerus duorum interfuerit, neuter dominorum solidum gregem, sed nec partem ejus vindicabit, ut est in *L. 2. D. eod.* Neuter gregem; quia non fuit hæc mixtura

(10) Quæ tripartita divisio a Stoicis est, Cujac. 26. *Obs. ult.* et in bimembrem reduci potest, ut idem 15. *Obs.* 33. sicuti Cassiodor. *de Anima.* Omnis quantitas aut de continuatis constat, aut disjunctis, Forner. 2. *Select.* 17.

(11) Ita *L.* 23. §. 5. *h. t. d. L.* 30. *pr. de usucap.* In quo male quidam *una specie* reposuit notatis a Forner. 2. *Select.* 17. Stoicis enim spiritus, vis cujusque rei continuatrix, Cujac. 26. *Obs. ult.* seu vis ipsa naturæ quæ rem condunet et devincit, ut unam efficiat, veluti spiritu quodam eam permeante, vel per eam diffuso ut ex Aphrodisæo *Lib. de Mixtura*, idem Cujac. 21. *Pauli ad edict. in d. L.* 23. §. 5. Sic Quintil. *Lib.* 11. *C.* 2. *initio* memoriam, cæteras eloquentiæ partes, velut *spiritu* continere Forner. *d. loc.* Græc. ἡνωμένον *d. L.* 30. cohæreos corpus *d.* §. 5. Ciceroni et Cassiodoro continuatam.

(12) Quod ex partibus se continentibus, nec contentis uno spiritu, eut ὑπὸ μιᾶς ἕξεως ut Canoo Mathemat. ref. Cujac. *d. l.* 33. Sed una compage. Græc. συνημμένον, adjunctum seu connexum, Agell. 16. *Noct.* 8. Atque hanc speciem cum riori uoo *continuæ* nomine complectitur Boetius 1. *Arithm.* scribens vocari proprie *magnitudines*. Hinc partes ædium vocantur membra, Apulej. *Lib.* 3. *et Lib.* 7. *Metamorph. L.* 13. §. 1. *de manum. test.* aliorumque auctorum locis adductis a Forner. 1. *Select.* 23.

(13) Numero scilicet tantum, ut Philosophi, vel specie, ut nostri. Non item, si specie, vel genere rei diversæ, ut armamenta navis, supellex. Quorum partes propriis extremitatibus terminantur, ab alterius fiunt discretæ, proprie *multitudines*, ut Boet. citatus a Cujac. 15. *Observ.* 33. Græc διεστῶτα quorum duo genera Connu facit ot alia constent certis et distinctis capitibus, ut grex, legio, alia indistinctis, infinitisque, ut populus. Cujac. *ibid.* Sic *corpus* dicitur, personarum collectio eodem jure utentium, ut universitas, collegium, *L.* 1. *pr. Quod cujusque univ. Rub. D. de Colleg. et corpor.* Quomodo et familia, corpus *L.* 195. §. 2. *de V. S.* et corpus quoddam servorum §. *seq.*

(14) Grex enim, etsi diversis corporibus constet, res tamen singularis æstimatur, sicut Varro 6. *Rer. Divin. posse fieri, ut eadem res, et una sit, et in ea res quædam plures*, ref. Cujac. 31. *Pauli ad Edict. in L.* 2. *h. t.*

(15) Modo decem in eo capita sint mea, quot sufficiunt gregi conficiendo, *L. ult. pr. D. de abigeis*, Cujac. *d. lo. et supra Lib.* 10. *Cap.* 18. *n.* 5 *post. med.* Sicuti et decem homines cætum conficiunt, *L. 1. C. de tut. vel cur. ill.* et turbam *L.* 4. §. 3. *de vi bon. rapt.* Alc. in *L.* 40. §. *ult. de V. S. n.* 4. et 7. Sed vid. *Connan.* 4. *Comm.* 6. *n.* 10. Castillo *Contr. quotid. de Usur. C.* 27. *n.* 17. *et* 18.

sic constituta ut (16) gregem unum faceret. Neuter partem, quia prius est ut sit grex, quam ut dici possit aliqua pars gregis: Non est enim pars nisi pars totius. Nunc autem totam illam mixturam pecorum negavimus gregem unum esse. Totum gregem et eum veterem nostrum dicere possumus, non tantum in quo prima capita ex quibus ab initiu constitutus est, etiam nunc manent; sed etiam in quo prioribus aliquibus amissis alia in priorum locum substituta sunt. Quinimmo, etsi per partes multis substitutis priora omnia amissa sint, ut solum supersint quæ substituta sunt, nihilominus quod restat eumdem illum gregem nostrum veterem dicemus, et ut tilem recte vindicabimus. Quæ sententia est *L.* 3. *D. eod.* Quod congruit illi sententiæ Alfeni, quæ exstat in *L. proponebatur*, *D. de jud.* qua disputat rem quæ adeo sæpe per partes restaurata esset, ut nulla pars eadem permaneret quæ non nova esset, nihilominus eamdem rem esse existimari.

XIV. Gregis vindicatione recepta, quæsitum est an non eodem exemplo et peculii vindicationem admitti oporteat: ut si cui peculium legatum sit, possit recte intendere id suum esse et petere a possessore ut restituat, nec necesse habeat res peculiares singulas vindicare. Finge patrem peculium profectitium filii legavisse Titio, quod is facere potuit suo jure; quippe quod totum sit patris, §. 1. *Inst. per quas pers. nob. acq.* Titium mortuo patre id peculium a filio vindicare hoc modo: Peculium quod olim a patre in te profectum est, meum est, id possides, peto ut restituas. Cur non ita recte vindicet? Gregem nostrum isto modo recte vindicamus, cur non et peculium? Similia enim hæc esse omnino quis dixerit. Gregis nomen collectivum est, quo res plures et verbo subjectæ significantur. Et peculii verbum item collectivum, quo significantur res omnes ejus peculii. Et de eo ita definitio est Juliani in *L. vindicatio*, 56. *D. de rei vind.* *Vindicatio non ut gregis, ita et peculii recepta est: sed res singulas is cui legatum peculium est, petet.* Quid ergo de ea similitudine quam inter hæc nomina collectiva esse dixi, respondemus? Nam si horum nominum eadem ratio est, caussa dici non potest, cur non et de is hae re idem statui debeat, *L. il ud*, *D. ad leg. Aqui.* Nempe hoc dicimus, quam et rationem veteribus fuisse constabit, gregis quidem et peculii nomina collectiva esse quæ sub unius verbi appellatione res plures complectantur; sed hoc ad vindicationem eamdem non esse satis. Exigimus amplius, ut id quod nomine collectivo vindicatur, sit corpus. In quo jam apparet gregis et peculii dissimilitudo. Grex ita nomen collectivum est, ut sit etiam corpus. Constat enim grex ex pluribus corporibus quæ juncta unum corpus efficiunt, etsi non cohæreant. Peculium non est corpus. Nullum enim corpus esse potest quod non omni ex parte (17) constat rebus corporalibus; nec corporis ulla pars esse potest non corporalis. At in peculiu res esse possunt non tantum corporales, soli, et mobiles; sed et incorporales, ut nomina debitorum, *L. quam Tuberonis*, §. 7. *ult. D. de pecu.* Quæ res aperte ostendit peculium corpus non esse. Quamobrem nec peculium comprehensum, et uno peculii verbo vindicari potest. Ex quo relinquitur, eum qui peculium vindicare volet, debere petere res peculii singulas quæ fuerint olim patris, nunc legatarii, in quem a defuncto dominium translatum sit jure legati.

XV. Ut rem unam et speciem hac actione peti volumus; ita et certam peti oportet, *L. si in rem*, 6. *D. de rei vind.* ut intelligi possit videlicet quid petatur, de quo et concertatio futura sit, quod et ipsum ufficiu ju-

(16) Quia grex non est communis pro indiviso, ideoque nec proprie communis. Nam etsi e grege decem capitum, quinque capita mea sint, non ideo dimidia pars gregis est mea, alias haberem partem in singulis 10. capitibus; Ast immo in 5nis nihil prorsus habeo. Ergo singula cuique capita sunt vindicanda. Quod si grex vere communis, pars dimidia vindicari potest arg. *l.* 3. §. *ult. l.* 76 *pr. hoc tit.* ita Cujac. 21. *Pauli ad Edict. in d. L.* 2.

(17) Ita Azo *in Summa C. h. t. n.* 7. In peculio jura et obligationes contineri; in in grege tantum corpora. Sed ratio hæc ceu non adæquata ab ipso Donello *ad* §. 1. *I. de Act. n.* 19. rejicitur, quia fieri potest ut tantum corpora sint in aliquo peculio. Verior itaque quia ex rebus dissimilibus unum certum corpus confici nequit, ut *præcedd. arguunt.* Accedit quod in peculio res variæ non eodem jure contentæ, sæpe etiam alienæ, ignoratæ, depositæ. Donell *d. loc. n.* 19 Et universitates juris hac speciali actione non vindicantur, ut hereditas *L.* 1. *pr. h. t.* dos, peculium: secus universitates corporum, ut grex, armentum, quæ sunt facti et tactum distant ab illis quantum jus et factum, Oldend. *Classe* 3. *Act.* 2. *Q.* 4. Pac. 3. *Enant. Q.* 40. Goth *ad L.* 1. §. *ult. h. t.* Nicol. Carbon. *Practicæ Lib.* 1. *C.* 2. *n.* 16. Vid. *tamen supra N.* 11.

dicis restitui debeat; alioqui frustra suscipiatur lis inter litigatores de re ignota, frustra cognitio et sententiæ dictio a judice, ubi ignoret qua de re cognoscere debeat et quam in eo sententiam ferre. Ideo et hic rem petitam designare debere placet eum qui agit. *d. L.* 6. Hinc quæsitum de designatione, qualem hanc esse oporteret, ne frustra ageretur. Id ergo Paulus deinceps explicare conatus est in *d. L.* 6. sed factum id ab eo obscurius, aut certe brevius, quam ut res tota intelligi posset. Sic autem videtur commode posse explicari. Principio hoc ita statuatur rem petitam recte designari, si quocunque modo ita demonstretur ut possit intelligi: quod ad omnem designationem sufficere scribit Ulpianus in *L. in actione*. 19. *D. de furt.* Non enim hic res posita in formulis verborum, sed in re, ut sciri possit, quod dixi, qua de re agatur, et quæ sint in ejus rei cognitione partes judicis. Sed quoniam de hac demonstratione aliud alii videri potest, ut aut putet rem satis demonstratam, aut neget: ideo hic dederunt operam veteres, ut res ab ea incertitudine deduceretur ad nonullam certitudinem præceptionis. In quam sententiam est *d. L.* 6. *de rei vind. d. L. in actione, de furt. L.* 1. §. *si quis argentum*, *D. depos.* Hæc autem in hac re præceptio est.

XVI. Aliter designantur res soli, aliter res mobiles. Rem soli qui vindicat, sic recte designat, si dicat nomen rei et, ne nomen fallat, (18) adjiciat locum in quo res sita est, *d. L.* 6. in fin: ut ita dicat: Fundus Tusculanus qui est in agro Sabino, meus est quem tu possides: ædes Cornelianæ quæ sunt in illo vico urbis, meæ sunt. In rebus mobilibus etiam aliter designantur animalia, aliter res inanimatæ. In animalibus hominem servum qui vindicat, si nomen dixit, recte designavit; ut Eros servus quem tu possides, meus est. Quod si plures sint eodem nomine, ætas adjecta (19) certum designabit, ut dicat actor utrum servus puer sit an adolescens. *d. L.* 6. circa fin. Animalia bruta qui vindicat, genus et sexum dicere debet, sine quibus quod sit animal intelligi non potest: hoc modo, bos qui apud te est, meus est: vacca quæ apud te est, mea est. Et quoniam hæc animalia non omnia eodem colore sunt, colorem adjicere debet, ut in vestimentis quæ vindicantur faciendum esse scribit Paulus in *d. L.* 6. vers. *et si vestimenta de rei vind.* ut dicat actor, bos flavus qui apud te est, meus est; vacca nigra mea est. In rebus inanimatis mobilibus videndum est utrum res petita quantitate constet an specie. Quantitate constare dicimus eas quæ in usu juris dicuntur constare pondere, numero, aut mensura: quibus rebus constare dicuntur eæ, quarum æstimatio statui non potest, nisi pondere prius posito, aut numero, aut mensura, ut dicatur; hæc res hoc pondere tanti est, hoc numero tanti, hac aut illa mensura tanti. Constat pondere omnis massa auri, argenti, et cujuscunque metalli infecti: numero pecunia numerata: mensura ut frumentum, oleum, vinum. §. 1. *Inst. quib mod. re contr. oblig.* In his hæc recta designatio est. Si materia infecta pondere constans petitur, materiam dicere oportet et pondus: ut auri pondo tot, argenti pondo tot: vel massam auream aut argenteam tanti ponderis. Si petitur materia facta et signata, id est pecunia, dicere oportet speciem nummorum et numerum: ut aureus nummos tot, taleros tot: vel quod idem est, in pecunia aurea tot florenos, in pecunia argentea tot. Si res constat mensura, hic speciem dicere oportet, et (20) mensu-

(18) Adde quod et suis finibus ac limitibus quandoque res determinandæ arg. *L.* 4. *pr. de censib. L.* 48. *de act. em.* Coler. *Cons.* 31. *n.* 170. Sneidewin. *in* § 1. *I. de act. n* 139. *C.* 2. *ubi DD. extr. de libell. oblat.* Wesem. *in h. t. C. n.* 28. At licet Cujac. 6. *Pauli ad Ed. et. in d. l.* 6. nomen et locum exprimi sufficere, idem tamen ad *L.* 25. *de V. S.* hoc non esse satis, sed et hic debere designari, an pars petatur, et quota *d. L.* 16. *pr.* quod est, ait, præcidere, seu ἀφορίζειν Elsi al pars indefinite petita, intelligatur dimidia *Gl. in d. L.* 6. Wesem. *Cons.* 13. *n.* 18. Quin et qualitates fundi exprimendæ videntur, arvum sit an vinea, pratum, pomarium etc. arg. *L.* 4. *pr.* nisi citra harum designationem, ex sola nomine satis constet quid petatur, Gilken *in L.* 3. *C. de Edend. n.* 75. *et seq.*

(19) Nomen proprium est quod habet aliquod signum rem vel personam demonstrans. Ergo ubi res cognomines, non nudum nomen exprimi debet, sed aliæ qualitates adjung.; Nudum solem sufficit, ubi singulare. Confer. Leand. Galganett. *de Condit. et demonstr. P.* 2. *C.* 2. *Q.* 7 *n.* 12. *et seqq.* Hartm. *Misc. Obs. C.* 1. *Obs.* 6.

(20) Fructuum tamen quantitatem complecti necesse non est ignoranti, quantum adversarius perceperit, sed eam in progressu causæ demonstrari satis est. Oldend. *Classe* 3. *Act.* 2. *pag.* 314. Ohrecht. *de Concip. libell. C.* 3. *n.* 20. Quin etiam, si per se et principaliter petuntur, posse generatim designari vult Wes. *in h. t. C. n.* 67.

ram: ut, frumenti modios viginti; olei metretas decem; vini tot amphoras, aut tot dolia. Hæc in *d. L.* 6 *de rei vind. L. in actione, D. de furt.* Sed quoniam vina non sunt unius coloris, et quo colore sint ad rem multum refert; idcirco ut in vestimentis faciendum esse traditur in *d. L.* 6. ita et in vino colorem adjicere oportebit, utrum rubrum sit an album. Sed et in vinis albis, si quibus in locis utantur Rhenanis et Gallicis, quia inter ista multum interest, etiam dicere oportebit utrius generis vinum sit, Rhenanum an Gallicum. Specie res mobiles constant cæteræ omnes: quarum aliæ speciem suam certam a natura habent, aliæ ab hominum artificio et manu. Natura, ut lapis, lignum. Artificium, ut lanx, discus, patera, vestimenta, lectus, fulcrum. Quæ a natura speciem certam habent, in his speciem hanc designare oportebit et quantitatem, ut dicat petitor, lapidem, lignum illius quantitatis. Et quoniam in lapidibus alii communes sunt, alii marmora; in his etiam, addita differentia genus distinguere conveniet, ut certam speciem efficiamus. In patera, disco, lance et similibus, placet dici debere speciem, materiam et pondus: ut pateram auream, vel argenteam tanti ponderis, *L.* 1. §. *si quis argentum*, *D. depos.* Utrum autem pura sit an cælata, lanx quadrata an rotunda, dici non est necesse, *d. L.* 6 *de rei vind.* In vestimentis species vestis dicenda est et color: de specie præcipitur in *d. L.* 1. §. *si cista*, *depos.* de colore in *d. L.* 6. *de rei vind.* Ad speciem vestis pertinet, ut dicat petitor pallium, tunicam, togam et similia: præterea et materiam, ut sitne linea, an lanea, an serica: tum ut si nomen conveniat vesti virili et muliebri, adjiciat utrum virilis sit an muliebris. De colore vestis hoc adjicitur, si quis juret se pro certo colorem dicere non posse, remitti ei hujus rei necessitatem debere, *d. L. in actione*, *de furt.*

XVII. His expositis, quia nomen dici debere in plerisque diximus, ut in fundo, in ædibus, in homine, inde hæc quæsita sunt. Quid, si petitor nomen ignoret, ut id dicere non possit? Demonstratione utendum erit, hæc vice nominis fungetur: hoc in *d. L.* 6. circa fin. *de rei vindicatione*, *L. certum*, *D. si cer. pet.* Ut, illæ ædes meæ sunt, quæ sunt in illo vico ponti contiguæ, aut quæ sunt inter ædes Cornelianas et Sempronianas intermediæ. Fundus meus est, qui est in agro Sabino illis finibus: servus meus, qui ex illa hereditate est: qui ex illa natus est: quæ posteriora duo exempla sunt *d. L.* 6, in fin.

XVIII. Quid si petitor nomen expresserit, sed errans aliud pro alio, sic tamen ut de corpore rei petitæ conveniat? ut puta petitor et possessor fundum de quo controversia erat, Tusculanum appellabant, et hoc nomine fundus petitus est, de cujus corpore inter eos conveniebat: sed fundus re vera appellabatur Sempronianus. Placet nihilominus recte actum esse, *L.* 5. §. *ultim. de rei vind.* et hoc est: nunquam in personis aut rebus quas certas esse oportet, error nominis quidquam nocet, si de corpore personæ aut rei constabit, §. *si quidem*, *Instit. de leg. L.* 4. in prin. *D. de leg.* 1. optima ratione quæ redditur in *d.* §. *si quidem*; quoniam nomina significandarum rerum caussa inventa sunt: quæ si res alio quovis modo intelliguntur, nihil interet Quod tamen de nominibus propriis, et indititiis intelligendum est. Non idem placuit in nominibus rerum appellativis quæ substantiam rei indicant, in quibus, si quis agens erret, nihil egerit: veluti, si quis electrum aut aurichalcum vindicare volens aurum petat, aut argentum petiturus petat vestem, dum priora auri, posterius putat vestis appellatione contineri: rerum enim vocabula immutabilia sunt, *d. L.* 4. *D. de leg.* 1.

XIX. Quid, si petitor nomem expresserit et verum nomen, sed ambigue, ut non intelligatur de quo senserit: puta, vindicarit servum Erotem cui nomen erat Eros, sed plures erant ejusdem nominis servi, nec appareat de quo actum sit? Dicemus recte desideraturum possessorem ab initio, ut declaret petitor de quo sentiat: ni faciat, non procedere intentionem: postquam hoc exigitur ut res certo designetur, *d. L.* 6. in princ. *de rei vind.* Quod si possessor nihil de ambigua intentione objiciens, et rem ut petitur, possessoris esse negans, ultro judicium susceperit, scriptum est in *d. L.* 5. in fin. *Si in proposito non appareat de quo actum sit, nullam fieri condemnationem* Et recte: quid enim jubeat judex restitui, ubi non intelligat quid petatur: nec aliud quam quod petitum est, debeat sententia judicis contineri? *L. ultim. C. de fid. lib.*

XX. Sed hoc ita est, si in ista ambigua intentione non appareat de quo actum sit. At videamus ne inepte adjiciatur hæc conditio. Nam in *L. si quis intentione*, *D. de jud.* ita definitur: *si quis intentione ambigua vel oratione* (alia quam in intentione) *usus sit, id quod utilius ei est accipiendum esse.* Quod si verum est, an non semper certum erit de quo petitor egerit; ex quo e-

tiam efficietur, semper in hac ambiguitate condemnationem sequi posse et debere? Minime. Nam ne illud quidem semper certum esse potest, quid utilius sit petitori. De eo certe constare non potest, nisi ipse (21) declararit quem servum ex pluribus ejusdem nominis dicat suum esse, ut ad ejus rei petitionem etiam probationem suam conferat: neque vero alium designari ei utile est; cum alio petito nulla futura sit ejus de re petita probatio. Non uno autem modo accidere potest ut id declarare non possit petitor, aut non possit utiliter. Quid enim, si priusquam id declararet decesserit, et heres ignoret de quo ille senserit? Sed etsi sciat heres, tamen ei dicenti fides non habebitur; cum possit nominare eum qui vere fuerit defuncti, de quo tamen non senserit defunctus. Quid si vivat quidem adhuc petitor, sed ut ambigua intentione usus est Erotem petens, ita et testes ad probandum dominium adhibiti æque ambiguum testimonium dixerint, de Erote videlicet indefinite respondentes, non ullum certum designantes? Si proponas conclusum esse in causssa a litigatoribus, ut vulgo loquuntur, id est, illis omni probationi et allegationi renuntiatibus, factam esse potestatem judici pronuntiandi: si testes decesserint, ut non possint declarare de quo Erote senserit, bene Bartolus putavit ad *d. L. si quis intentione* non posse hic constare, quid petitori sit utile, id est de quo is senserit, et quem suum esse dixerit. Non testes declarare id possunt ut petitor idem se sensisse dicat; nam testes jam obierunt. Petitor declarare potest de quo senserit, sed frustra; cum non sit satis aliquem certum suum esse dicere, nisi probet: nunc autem incertum sit an de eo ipso quem nunc dicit, testes testimonium dixerint. Quapropter et his casibus eadem incertitudo etiamnunc manebit, qua fiat ut non appareat in hac ambiguitate intentionis de quo servo actum sit. In qua oportet etiam superiorem sententiam manere, ut negemus hic ullam fieri posse condemnationem.

XXI. Cum sit in rem actio de re quam nostram petimus, *L. actionem, D. de oblignt. et action.* necesse est hanc actionem ut de re tota nostra, ita et de parte nostra competere. Nam et hæc ipsa pars res nostra est. Et vero constat competere de parte nostra, ut quæ in totius rei vindicatione servantur, valeant (22) et in vindicatione partis pro portione, *L. quæ de tota, D. de rei vindic.* Ideo et partem certam hic designare ac vindicari oportet, ut in totius rei vindicatione faciendum esse huc usque diximus: incertæ partis nisi ex justa caussa non conceditur, *d. L.* 7. in pr. *d. L. quæ de tota*, §. 1. *de rei vindic.* Certam partem hic accipere debemus, non ut interdum partem divisam, sed indivisam, id est eam quam habemus in re aliqua nobis cum alio communi pro indiviso. Certa divisa non est pars, sed totum, *L. si quis*, 6. *D. commodat. prælat.* de quo nunc non quærimus. Nam quod pars dicitur, id fit ἀναφορικῶς, id est relatione facta ad id quod prius fuerat. Nam fundo interga manente qui postea regionibus in partes divisus est, ejus fundi pars erat quæ nunc divisa, ejusdem fundi qui amplius non est, pars esse desiit. Nunc de parte quæ vere pars sit, loquimur. Ea autem sola est pars indivisa, cum fundus scilicet mihi communis est cum alio partibus indivisis. Hanc quoque indivisam partem vindicare licet. Usque adeo, ut quanvis totum cujus partem pro indiviso peto, sine interitu dividi non possit, non eo tamen minus ejus partem istam indivisam liceat petere. *L. et ex diverso*, 35. §. *ultim. D. de rei vind.* Sed licet ubique hac lege, dum pars certa designetur. Incertam vindicare non possum. Certam vindico, si dicam quotam partem in fundo mihi cum alio comuni vindicem, puta dimidiam, tertiam, quartam, quintam et similes. Idque ad designationem partis satis esse indicatur in *d. L.* 6. in princ. *de rei vind.* At non possum ita vindicare: in fundo Tusculano quem tu possides, est aliqua pars mea: quantum idest quod meum est, peto ut restituas. Hæc vero incerta pars est indivisa, quæ (23) nulla demonstratione nec ubi sit, nec quanta

(21) Obrecht *Disp.* 12. *C.* 7. *n.* 308. nutat licere quidem actori, pendente lite, declarare utra de re senserit, per *d. L.* 66. *et L.* 83. § 4. *de V. O.* melius autem esse ut mature declaret, quia, actore mortuo, non eadem facultas heredi.

(22) *L.* 82. *de acquir. her. L.* 46. *de solut. L.* 47. § 1. *de minor. et simil.* Cic 3. *de LL. et in Bruto.* Quod probatum est in universo, idem in parte probari necesse. Neque tamen hæc regula perpetua, quia quandoque diversa ratio partis, *L.* 3. *pro derelicto.* Quod exemplis declarat Cujac. 6. *Diff. Modestini in L.* 46. *de petit. hered.* adde Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 1. *Gl.* 7. *n.* 16. Everhard. *in Top c. loco a toto ad partem* Vigel. *L.* 2. *Dialect. juris pag.* 158. *et seqq.* Gord. ad *L.* 25. *de V. S. n.* 22. *ac seq.* Val. Guil. Forst. 2 *Obs. succ.* 5.

(23) Vid. *supra Lib.* 5. *Cap.* 8. *n.* 6. 7. *N.* 2. 3. Confer. Joh. Bapt. Asin. *Tract. de Execut* § 7. *C.* 2, 0.

sit potest intelligi; itaque describitur in *L. locus*, *D. de acqui. posses.* Hæc eadem incerta pars est, cujus solius petitionem non admittimus: prioris illius admittimus: *d. L.* 6. *de rei vind.* Dicet aliquis: atqui omnis pars indivisa dicitur incerta, et hac ratione divisæ tanquam certæ opponitur: ut in *L.* 1. §. *interdictum*, *D. uti poss.* Agnoscimus fieri id interdum: sed non eo minus et hæc ipsa indivisa suo modo certa pars et est, et certis locis dicitur, cum quota sit designatur; sic quidem appellatur nominatim in *d. L. locus, de acq. posses.* Utrumque recte propriis rationibus, ut ostendi sub Titulo *Si pars hereditatis petatur.* Pars indivisa corporis demonstratione incerta est: quia oculis cerni et digito demonstrari ejus corpus non potest. Unde dicuntur hæ partes intellectu constare in *L.* 5. *de stipulat. serv.* At a quantitate certa est, ubi dixi dimidiam, tertiam, quartam, aut similes: hujus quantitatis designatio ad certitudinem vindicationis et judicii satis est; ex qua judex intelligit quo in corpore quantum petitori restitui jubeat, ut ita certam sententiam ferat. Eam solam partis incertæ petitionem rejicimus, in qua neque demonstratione neque quantitate certam partem demonstramus, qua posita, non possit ulla sequi judicis condemnatio.

XXII. Incertæ tamen partis, hujus ipsius quam modo incertam definivimus, vindicatio conceditur, si justa caussa interveniat: *d. L. quæ de tota*, §. 1. *de rei vindic.* Justa caussa est, ubicunque in petitore justa est hujus partis ignorantia. Et ea ignorantia justa est, cum nihil est quod petitori imputari possit cur ignoret quotam partem vindicare debeat: quod significatur in *d. L. quæ de tota*, §. 1. Hujusmodi ignorantiam parit petitori aut factum alienum, aut rei suæ cum alienis aliena vel fortuita cum confusio, tum permixtio. Factum alienum hujusmodi in re legata est factum testatoris, si is legavit testamento supra dodrantem hereditatis. Tunc enim lege Falcidia minuuntur legata, quatenus supra dodrantem legatum est, ut jam non totum quod legatum erat, sed portio tantum quam per legem capere licet relinquatur, §. *ult. Instit. de leg. Falc.* Faciamus ergo, an aut quatenus legata dodrantem excedant ignorari. In hac ignoratione legatarius cui forte fundus legatus erat, sic cum fundum recte vindicabit. Fundus ille mihi legatus meus est, quem tu possides: peto ut restituas, aut si Falcidia interveniat, peto restituas quantum mihi per eam legem capere licet. Hæc, inquam, intentio recta est, etsi non exprimat quotam partem in eo fundo ex lege Falcidia habere debeat. Juste enim ignorat in alieno facto et alienis bonis, quid legaverit testator; et hæc ipsa quæ legavit, utrum dodrantem patrimonii excedant et quatenus excedant: atque hoc exemplum est quo utitur Cajus in hac re in *d. L. quæ de tota*, §. 1. *de rei vindicat.* Confusio rei nostræ cum aliena tunc accedit, cum, exempli gratia, meum et tuum argentum in massam redactum est. In qua specie placet corpus totum confusum nobis commune esse, eoque posse unumquemque nostrum pro rata ponderis quod in massa habemus, vindicare. Num ergo ita, ut ego aut tu partem vindicantes dicere debeamus quotam petamus? Immo etsi incertum sit quantum quisque ponderis in massa habeat, recte vindicabimus: hoc in *L.* 3. §. *ult. D. de rei vind.* Sic ergo recte vindicabo: quantum parebit in ea massa quam tu possides ex confusione meum esse, tantum peto ut restituas. Nempe ideo quia quotam habeam juste ignoro. Non enim possum de quantitate meæ partis in eo corpore statuere, nisi prius sciam quantum ponderis vicinus alterius partis dominus in ea massa habeat; omninoque ex ejus partis cognitione pendet meæ quantitas et certitudo. Nam si in eo corpore sint quatuor partes; et ille unam tantum habeat, ego tres habeo: si ille habet duas, ego item duas: si ille tres, ego unam dumtaxat. Atqui quantum ille habeat, ut in re aliena, juste ignoro. Unde est et meæ partis justa ignorantia et incertitudo. Idem accidit in permixtione rerum ejusdem generis; ut, si meum frumentum sive casu, sive ab alio permistum cum tuo. Unde et de acervo singulis nostrum in rem actionem dari placet non certæ partis, sed quantum paret, id est parebit in illo acervo suum cujusque esse: hæc in *L.* 5. in prin. *D. eod.* Illud monendi sumus, quod dicimus in his caussis incertæ partis vindicationem admitti, ad initium vindicationis et ad intentionem petitionis referendum esse. Cæterum, in judicio ubi probatio rei petitæ exigitur, perficiendum est petitori, ut certum faciat quantum petat et quantum sibi restitui postulet: sine quo judex non magis ullam condemnationem facere potest, quam tum cum Eros petitus est, et plures sunt Erotes; nec apparet quis ex his petitus sit: de quo in *d. L.* 5. in fin.

XXIII. Hæc partis sive certæ sive incertæ vindicandæ potestas necessario inducit hanc quæstionem: a quibus pars peti possit si forte rem communem cujus pars mea

est, plures possideant: quæ quæstio, etsi ad possessorem maxime pertinet, tamen cum nascatur per occasionem partis petendæ, etiam hactenus hujus loci videri potest: quamobrem et nunc attingam, et quod illic delibavi tantum, nunc dicam paulo explicatius. Est autem hæc distinctio: quam et prope per omnia in partis hereditatis petitione servari diximus. Si res communis possidetur a duobus extraneis, ergo ab utroque partem partis meæ petere debeo: non totam partem ab uno duntaxat; quia etsi possessores rem pro indiviso possideant, non tamen unus magis partem meam possidet quam alter, *L.* 1. §. *quinimmo*, *D. si pars her. pet.* Sin possidetur res communis partim ab eo cum quo mihi communis est, partim ab extraneo: si quidem pro indiviso, partem solidam petere debeo solum ab extraneo. Reddidi hujus differentiæ rationem in petitione partis hereditatis. Accipe et hic non minus idoneam, eodem redeuntem tamen. Petere hoc casu debeo partem solidam ab extraneo, quia nihil interest extranei totam partem mihi restituere quam possidet, cum non sit ejus. Nec mihi quidquam nocet partem totam ab illo accipere, cum hanc ut indivisam et per totum corpus rei communis fusam consecutus, habeam eamdem quam habiturus essem, si particulatim accepissem a duobus. Tum autem ita fieri socii mei expedit, qui nulla molestia afficitur judicii a me accipiendi de parte partis meæ, et rursum de parte partis suæ sibi adempta adversus extraneum restituendi. Æquissimum est, quod mihi non nocet et alteri prodest, id illi tribui, *L.* 2. §. *quanvis*, *D. de aqu. pl. arc.*

XXIV. Quod si fundum qui mihi cum alio communis erat, socius et extraneus possidebunt divisum inter se certis regionibus, ego ab utroque partis meæ partem petere debeo: quoniam in certis locis divisis necesse est aliquam partem meam esse, quam singuli possident: hæc Paulus in *L. Pomponius*, 8. *D. de rei vind.* Quæ distinctio, inquit, possidentium pro indiviso et pro diviso ideo in fundo communi a pluribus possesso adhibita est, quia neque in re mobili, neque in hereditatis petitione locum habet. Nunquam enim pro diviso aut res mobilis, aut hereditas possideri potest: hæc ille. Non res mobilis; quia quandiu integra manet, necesse est eam a singulis aut corpore pro solido possideri, aut intellectu pro indiviso: divisa, jam res esse desinit quæ prius fuerat. Non hereditas; quia hereditas jus est, idest res incorporalis, *Instit. de reb. corp. et incorp.* quæ proinde in partes certas corporibus distinctas dividi non potest. Ipsæ res hereditariæ, ut corporibus dividi possunt, ita et divisæ a pluribus possideri.

## CAP. V.

**Finis et effectus actionis in rem, ut petitori restituatur res sua cum omni caussa: et quid hac restitutione contineatur.**

*Finis et effectus rei vindicationis utrinque duplex. Qualis uterque a petitore.* I.

*Restituere rem cum omni caussa quid valeat.* II.

*In hac restitutione spectari quatuor oportere, veluti ejus partes.* III.

Rem petitam. *Hæc a possessore restituenda, si non idoneam objecerit exceptionem.* IV.

*Si tamen illam judicandæ rei tempore possideat.* V.

*Contrariis occurritur.* VI. VII. VIII.

*Si non possideat: interest an ideo quod ante res periit vel est amissa; culpa possessoris aut nulla.* IX.

*Priore casu, etiam bonæ fidei possessor tenetur culpæ nomine petitori. Culpa quotuplex, et qualis.* X. XIV.

*Posteriore, malæ fidei possessor utique tenetur; non qui bona fide possidet, nisi temere litigavit. Quæ utriusque ratio.* XI. XIV.

*Contraria diluuntur.* XII. XIII.

*An et quando possessor malæ fidei, casu re amissa, nec rem præstet nec pretium; et quando pretium dumtaxat.* XV.

*Quominus res cum omni sua caussa restituatur impedit oppignoratio, manumissio, deterioratio. Qualis unusquisque modus.* XVI.

*Qui rem fecit deteriorem, tenetur actione in rem et actione* L. Aquiliæ; *sed alterutra dumtaxat. Quid amplius in posteriore.* XVII.

Rei petitæ accessiones. *Quæ sint ejusmodi.* XVIII.

Fructus et partus ancillarum. *De fructibus sex quæri.* XIX.

1. *Quid sint? Duo illorum genera, et quæ exempla singulorum* XX.

2. *An percepti et qui percipi potuere restituendi: posteriores ex cujus persona æstimandi.* XXI. XXII.

*Duo qui contrarii videntur, explicantur juris loci.* XXIII.

3. *An utrique post contestatam litem sint a possessore seu bonæ seu malæ fidei sine discrimine restituendi.* XXIV. XXV. XXVI.

*Proximæ definitioni* L. si fundum 17. C. de R. U. *minime repugnare.* XXVII.

4. *An rerum petitarum omnium fructus omnes restituendi.* XXVIII.

*Quid de fructibus accessionum; et de fructibus fructuum.* XXIX.

*Exceptio duplex, et qualis.* XXX. XXXI.

5. *Fructus ex die contestatæ litis æstimandi: antea percepti speciali actione petendi nominatim.* XXXII.

*Et quidem omnes antea percepti sive extantes sive consumpti a malæ fidei possessore: sed hi vindicatione aut condictione furtiva.* XXXIII.

*Pensiones tamen atque mercedes nonnisi actione* negot. gest. XXXIV.

*Qui ante litem contestatam percipi potuere, nec tamen percepti, per consequentiam petendi, et quomodo.* XXXV.

*Fructus a possessore bonæ fidei percepti ante litem contestatam nonnisi exstantes, iique naturales, ut vocant, repetendi.* XXXVI.

*Secus quando et naturales fuerint consumpti et quare.* XXXVII.

6. *Æstimatio fructuum usque ad sententiæ tempus computanda, si res exstabit.* XXXVIII.

*Si res antea perierit, et quidem sine possessoris culpa, ad diem usque quo possedit, fructuum habenda ratio; secus si dolus et culpa intervenerit.* XXXIX.

*Post rem judicatam percepti fructus omnes restituendi intra tempora judicati: et si mora intervenerit, etiam qui percipi potuere.* XL.

*Eadem conditio juris partus ancillarum, ac fructuum.* XLI.

Lucra *occasione petitæ rei extrinsecus contingentia. Hæc consistunt in his quatuor.* XLII.

*In rebus delatis petitæ rei.* XLIII.

*In actionibus eadem de caussa possessori quæsitis.* XLIV.

*In fructibus et litis æstimatione ab alio per hunc possessorem acceptis.* XLV.

I. Tribus locis expositis ad rectam institutionem actionis in rem pertinentibus, reliquus est postremus, in quo est finis hujus actionis ad quem potissimum petitio tota fertur, et cujus obtinendi caussa hæc actio comparata est. Hic finis et suum effectum jure adjunctum habet. Nam quod petit actio, id etiam jure obtinet officio judicis: ut in quo loco finis hujus judicii est, in eo sit et judicii effectus. Finis hic duplex, ut et in petitione hereditatis diximus: petitoris unus, alter rei et possessoris. Nam et reum hic quoque jus tuetur adversus injuriam, si qua est, petitionis. A petitore finis actionis hic, quem et jure obtinet, ut res illi sua restituatur cum omni caussa: sic hujus petitionis et restitutionis descriptio est in *L. Julianus*. 17. *L. præterea*. 20 *L. qui restituere*. 68 *D. de rei vind.*

II. Rem cum omni caussa, seu caussam omnem actori restituendam esse, est id quod aliis verbis explicatius veteres dixerunt, restituendum esse omne quod habiturus esset actor, si tempore litis contestatæ res illi restituta esset: hoc sic explicatur (1) in *d. L. præterea, de rei vind. L. cum fundus*, in princ. *D. si cert. pet. L.* 2. *D. de usur.* sumptum, ut videtur, ex oratione D. Hadriani; quæ hæc ipsa restitutio totidem verbis comprehensa est in petitione hereditatis, exstatque in *L. illud*, *D. de hered. pet.* Caussa sic appellata συνεκδοχικῶς, ut sit continens pro contento: caussa pro omni eo quod in caussa et petitione actoris versatur, ut obtineat. Id autem est et res ipsa, et id omne quod, re restituta, habiturus esset actor tum cum res in judicium deducta est: quod fit judicio accepto, seu lite contestata. Qua ex ratione et significatione verbi Julianus dixit, cum homo ex testamento petitus est, caussam ejus temporis quo lis contestabatur, repræsentari debere actori, in *L. quæsitum*, 91. §. *ultim. D. de leg.* 1. Hæc eadem caussa dici videtur caussa damni dati

*In iis quæ possessor a re distracta aut ablata accepit.* XLVI.

in *L. domum. C. de rei vind.* cum ita dicitur, domum petitam restituendam cum pensionibus et omni caussa damni dati. Non enim hic caussa damni dati significat damnum datum, sed damni dati æstimationem: cum constet non damnum restitui, sed id quod damni dati nomine præstatur. Hoc autem eodem modo in caussa et petitione versatur, ut illa quæ re restituta simul haberi potuissent. Quæ habere potuisset actor, ea primo sibi præstari postulat; in quo versatur commodum ejus. Sed si non præstantur, ut sic in omnibus damno afficiatur, tum id damnum omne sarciri, seu ejus damni æstimationem sibi præstari postulat: quod plane eodem redit, atque adeo hæc idem valent. Quantum sit igitur quod habiturus esset actor, si tempore litis contestatæ res restituta esset, ad omnis caussæ restitutionem hujus actionis propriam, videamus.

III. Et his verbis atque hac restitutione quatuor hæc continentur, tanquam hujus restitutionis partes: res ipsa petita, et ea quidem, ut restituatur in eadem caussa in qua fuit cum lis contestata est; rei petitæ accessiones, partus et fructus; tum lucra extrinsecus per caussam rei petitæ possessori obtingentia: sed omnia cum hac exceptione, dum ne petitor in his obtinendis postulet locupletior fieri cum incommodo possessoris. Quæ si omnia qualia sint tenebimus, qualis sit hæc restitutio et quanta, quam hic ad vim et potestatem judicii quærimus, tenebimus.

IV. Ante omnia res petita restitui debet, *nec ad rem pertinebit*, inquit Ulpianus, *ex qua caussa possideat: sed ubi probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non objecit ullam exceptionem. L.* officium, 9. *D. de rei vindicat.* Intelligit autem exceptionem unam aliquam ex iis, quibus petitorem in hac actione removeri et possessorem defendi in horum personis

(1) *L.* 35. *L.* 75. *de V. S.* Restituere enim, ut Varro, quasi retro statuere dicitur, Gœd. ad *L.* 21. *de V. S. n.* 12 *et ad d. L.* 35. *n.* 2 et restitutio, repositio in pristinum statum, quo obtinetur omne, quod abest. Menoch. *lircum. poss. prælud. n.* 6. Mercer. in *L.* 16. *d. p. g. n.* 35 Cujus juris origi nem in his actionibus in rem ex lege 12 tab. quæ fructus duplione æstimat, deducit Cujac. 6. *QQ. Papin. ad L.* 2. *d. usur.* Nam quod vulgo receptum dicitur *d. L.* 2. id est ex æquitate *L.* 38. §. 4. *eodem tit.* A. Fab. 15. *Conject.* 1. ad actionem in personam solum pertinet, ubi ex stricti juris ratione Proculiani præstationem caussæ negabant, Cujac. *d. loc.* et 7. *ad Afric.* in *L.* 37. *de Usufr.*

diximus. Sed an semper res petita restituenda est a possessore qui nullam exceptionem obiecerit? Distinguimus. Interest enim utrum possessor cum quo actum est, possideat rem tempore rei judicandæ, an vero non possideat, sive quod perierit res ipsa omnino, sive quod eam ille a se amiserit.

V. Si tempore rei judicandæ possidebit, nihil hic excipimus quominus rem tum a se possessam restituere debeat. Quo tamen loco de duabus caussis dubitatum est quæsitumque, num hæ restitutionem quanvis tum possessæ rei impedire debeant. Quas ideo hoc loco paucis removeamus, ne quid isti restitutioni obstent.

VI. Una dubitationis caussa hæc est: quid enim, si possessor ita possidet, quo tempore res judicatur, ut litis contestatæ tempore non possideat? dici enim potest non videri in judicium venisse id quod post litem contestatam accidit: *L. non potest. D. de jud.* eoque nec ad officium judicis pertinere, *L. ut fundus, D. com. divid.* Et quod in petitione hereditatis, de hac parte adversus possessorem rerum hereditariarum jus esse diximus, idem servatur et in singularum rerum petitione. ut utroque in judicio quod possessor post litem contestatam possidere cœperit, non minus veniat in restitutionem, *L. si quo tempore, D. de hered. pet. L. sin autem*, §. 1. *D. de rei vindicat.* De objectione superiore satis in petitione hereditatis a me responsum est; quod et hoc loco responsum esse volo. Illud fortasse hic nos impediet, quod dicimus aliquem post litem in hac actione contestatam incipere posse possidere rem petitam, quam scilicet initio litis non possederit; cum supra posuerimus quod et verum est, actionem in rem non competere adversus eum, qui rem tum cum petitur non possidet, *L. ultim. D. de rei vindicat.* Sed et de eo respondi eodem loco in petitione hereditatis ad hanc summam: non esse actionem in rem adversus eum qui non possidet. si neget reus et id agnoscat petitor. Sed his (2) casibus esse posse, si aut reus qui non possidet, omissa possessionis quæstione, neget actorem esse dominum et ita judicium suscipiat; aut cum reus negaret se possidere, petitor id probandum susceperit atque ita judicium redditum sit inter eos. Quæ cum evenient, si inter moras hujus judicii et probationis reus forte nactus sit rei petitæ possessionem, tum vere dixerimus possessionem quæsitam esse post judicium cœptum et litem contestatam. Et

(2) Sed vix posteriori casui locus erit. Negando enim, reus plane declinat hoc judicium, neque tunc aliud quam possessio rei probanda petitori, quæ deinde transfertur, salva proprietatis lite mutatis personis reorum, vid. *supra C.* 3. *N.* 17. Priori autem locus erit, etsi nec se possessorem dixerit. litive se obtulerit, sed susceperit litem, quia putabat se possidere. ut *L.* 9. §. 1. *de exc. rei judic.* Plane, et cum reus nulla parte litis possedit, si negata intentione actoris possidere eum putantis, litem prosequutus sit, ac dominium petitoris probatum, sententia secundum eum ferri, qua dominus declaretur volunt Eamque exsecutione mandari contra reum, quandocunque postea conventus possidere reperiatur sine nova actione, aut processu *Gl. singularis in d. L.* 9. §. 1. *de exc. rei jud.* Coras. in *L.* 12. §. 1. *de acq. poss. P.* 2 *n.* 27. Sich. ad *L.* 3. *C. ad exhib. n.* 4. Zang. *de Exc. P.* 3. *C.* 17 *n.* 55 Petr. Barbosa in *L. si constante* 24. §. *ult. D. Sol. matr. n.* 13. et DD. vulgo quos plures citat Didac Gomez. *ad omm.* Ant. Gomez. avi sui in *L. Tauri* 45. *n.* 4. Quod licet inde sustineri eidem videatur, quia reus, litem contestando et respondendo petitioni actoris nec negando possessionem, liti se offerre censeatur, nri tamen minime convenire puto. Nam, si nulla parte litis possidet conventus, alterum vindicationis requisitum et extremum plane deficit. Et itaque frustra experiatur actor *L.* 36. *pr. h. t. L.* 24. §. 1. *de judic.* Nec liti se offert nisi qui dolose se possidere mentitur. ut *supra C.* 3. *N.* 5. Atque tunc vere condemnatur in æstimationem litis, cujus exsecutio non differtur. Sed et *d. L.* 9. § 1. de nova, et iterata quæstione loquitur, non de prioris exsecutione, add. A. Fab. 12. *Conject.* 14. Quare et si partem solum rei petitæ possidet conventus, quoad eam solam judicium subsistet, licet DD. velint, et ratione alterius partis absolvi quidem reum quoad restitutionem: ferri autem sententiam declaratoriam dominii. itaque partim vincere, partim vinci actorem, Petr. Barbosa *d. loc.* Confer. Gud. Papæ *Dec.* 27. Plane si qui se obtulit liti post istam condemnationem, priusquam judicatum faceret ut æstimationem persolveret, possessionem vel restituendæ ipsius rei copiam nactus, quia ipsam rem, si hoc petitor malit, præstare debeat, vix ambigo arg. *l.* 47 *h. t.* et quia licet emptionis vice æstimatio litis: dominium tamen non transit, nisi cum eam pertulit reus et persolvit arg. §. 41. *I. de rer. divis.* Contra, etsi præstare rem velit ne æstimationem præstet, vix audiendus erit si petitor illam habere malit. et quia pœnam istam doli sui fert, et quia obligatione judicati se præstatione alterius rei exsolvere non poterit. Sicuti nec cui æstimatio ita persoluta est, ea pecunia refusa, rem, si ad eum possessio venerit qui solvit, recipit *L.* 63. *in fin. h. t.*

hæc illa res est, cujus nomine possessorem non minus teneri dicimus ut restituat, quam si ab initio litis possedisset.

VII. Altera dubitationis caussa est ab usucapione. Quid enim, si possessor etiam ab initio rem possedit quam nunc victus possidet, sed inter moras judicii usucepit, usucapione suam fecit? an etiam suam factam debebit restituere? Propone hoc modo. Possessor fundum emerat, aut rem aliquam mobilem bona fide: ex quo ei procedebat rei possessæ usucapio, ut fundum quidem usucapere posset decem annis inter præsentes, rem mobilem triennio, ut est jus de usucapione, *Instit. de usucap.* in princip. Cum huic possessori unus annus deesset ad utriusque rei usucapionem, judicio conventus est a domino: quod judicium ita processit, ut intercederent toti tres anni, priusquam res judicaretur. Ita inter moras judicii unus ille annus qui possessori deerat ad usucapionem, impletus est, quo impleto rem usucepit; neque illi obstitit lis prius adversus eum contestata: quia litis contestatione non interpellatur recte cœpta usucapio, *L. 2. §. ultim. D. pro empt.* In hac ergo specie quærimus, si actor probaverit rem petitam suam fuisse initio litis contestatæ, an possessor convictus rem restituere debeat a se usucaptam, quanvis usucaptam inter moras judicii. Quominus cogatur, videntur hæc obstare. Primum usucapione dominus factus est, *Inst. de usuc.* in princ. Iniquum est rem suam domino invito auferri, *L. 2. D. de his qui sunt sui vel alieni jur.* Idque et regula juris diserte prohibet, *L. id quod nostrum, D. de reg. jur.* Deinde præscriptio longi temporis in re immobili huic possessori post litem contestatam est impleta. Hæc præscriptio dominum vindicantem summovet, *L. longi, L. emptor, C. de præscript. long. temp.* Sed placet non proficere possessori hanc usucapionem quominus rem petitori restituere debeat et tradere, quo in eum denuo dominium transferat, *L. si post, D. de rei vindicat.* Jus ductum ex illo quod supra posuimus, petitori omne restituendum esse quod habiturus esset, si quo tempore lis contestata est res illi restituta esset. Nam si ea de qua nunc agitur tum esset illi restituta, eam nunc haberet, nec esset impleta usucapio. Quare etsi postea usucapta sit, tamen ex superiore regula non minus restitui debet. Nam quod dicitur domino rem suam auferri non debere, hactenus verum est, nisi acquisitio sit ejusmodi quæ pro acquisitione non sit habenda: qualis est usucapio possessoris in re proposita. Debuit enim possessor rem restituere jam inde ab initio litis: quam si restituisset, non usucepisset; ut appareat eum nec usucapere debuisse. Quapropter, si contra quam debuit postea usucepit, æquum est eam usucapionem pro justa acquisitione non haberi, nec illi ad rem retinendam quidquam prodesse. Et vero factum cuique suum non adversario nocere debet, ut est regula juris, *L. factum cuique, D. de reg. jur.* Quid, si etiam in judicio accipiendo hoc convenit inter actorem et possessorem, ut possessor rem, quan is postea usucepisset, petitori nihilominus restitueret; nunne æquum est conventionem servari? Et vero maxime servanda est idque ipsum efficitur generali edicto de pactis, *L. 1. L. jurisgentium, §. ait prætor, D. de pact.* Atqui hoc ipsum initio litis inter eos convenit. Judicio enim contrahitur, *L. 3. §. idem scribit, D. de pecul.* non sane alio genere conventionis et contractus, quam ut possessor caveat, præstaturum se quod illum pro potestate judicii præstare oportet. Quo efficitur et eum, quanvis dominio rei postea quæsito, sua illa conventione teneri ut nihilominus rem restituat.

VIII. De præscriptione longi temporis respondent Imperatores in *L. nec bona, C. de præs. long. temp.* impleri quidem hanc post litem contestatam posse, sed tum impletam possessori non proficere: illud ipsum videlicet quod nunc dicimus, usucapionem post judicium acceptum impletam non prodesse possessori quominus victus rem restituere debeat, *d. L. si post, de rei vindicat.* Iidem Imperatores de eadem re respondentes in *L. moræ, C. de rei vind.* et idem illud confirmantes in summa quod diximus, præscriptionem nimirum longi temporis quæ initio litis contestatæ possessori non competierat, post litem contestatam prodesse ei incipere non posse: ea parte saltem dissentire videntur, quod dicunt præscriptionem hanc post litem contestatam induci: cum ante ipsorum verbis diximus induci quidem et impleri præscriptionem, verum impletam non proficere. Sic enim verba sunt: *moræ litis caussam possessoris non instruunt ad inducendam longæ possessionis præscriptionem:* quibus verbis significant, post litem contestatam moras litis ne eo quidem usque possessorem instruere, ut præscriptionem longi temporis inducant, id est impleant. Nam quæ impletur jure præscriptio, ea et jure inducitur. Sed nihilominus his verbis idem illud quod superius exprimunt. Id enim sic accipiendum est, ut tum

præscriptio longi temporis non inducatur utiliter et cum effectu, ut verba juris cum effectu accipienda sunt, *L.* 1. in fin. *D. de his qui sunt sui vel alien. jur. L. pen.* §. 1. *D. ne quis eum qui in jus voc. est, vi exi.* Impletur enim, eoque et inducitur præscriptio re vera, sed possessori non prodest, ut est in *d. L. nec bona.* Est autem in primis animadvertenda ratio, qua Imperatores in utroque rescripto utuntur, ut probent impletam non prodesse: est autem hæc, quia præscriptio longi temporis initio opposita post litem contestatam in præteritum æstimatur. Id quale sit ex verbis ipsius præscriptionis intelligetur. Nam præscriptio temporis hic exceptionem temporis significat. *L. penult. C. de præscrip. long. temp.* Qui ergo hac exceptione utitur initio litis adversus intentionem domini, non dicit: quia rem rem usucapiam, non teneor tibi actione in rem; sed non teneor, quia usucepi, vel quia per constitutum ad usucapiendum tempus recte possedi; verbis nimirum in præteritum tempus, non in futurum conceptis; et præteritum quod ante litem contestatam præteriit, quo tempore exceptio objiciebatur, non autem futurum quod litem contestatam sequetur. Et ita conditio est omnium exceptionum, ut non aliter prosint reo, nisi tunc cum objiciuntur competant ex caussa aliqua et facto præcedente. Non est pacti exceptio ei qui dicit: ego non teneor, quia pacisceris mecum; sed ei qui dicit: non teneor, quia mecum pactus es ne petas. Nec est exceptio rei judicatæ de re quæ judicabitur postea, sed de re ante judicata, eademque ratio est omnium exceptionum reliquarum: ut appareat constare omnem exceptionem verbis in factum præteritum et quod litem contestatam antecedit conceptis: ex quo tempore proinde exceptio sit æstimanda, ut si tum vera est, prosit et actorem removeat: si non est vera, non prosit reo, quia nullam tum fuisse apparuit. Quod si ita est, recte dicitur ei qui initio litis ad defensionem dixit se per longum tempus rem bona fide possedisse, impleri quidem longi temporis præscriptionem post litem contestatam, si postea longum tempus legitimum impleverit: sed hanc præscriptionem ita inter moras judicii impletam ideo ei non prodesse, quia hæc præscriptio quæ secuta est postea, non est objectá; sed illa, quæ initio litis contestatæ, tum scilicet cum objiciebatur, competiit. Hæc autem in tempus ante litem contestatam præteritum æstimatur: quo tempore quia non fuit nec competiit, prodesse omnino objicienti non potest. Potuisset quidem obstare hæc ipsa, si per jus objicere eam initio liceret et esset objecta. Sed jus non patitur: cum ut dixi, omnis exceptio tum cum objicitur, in præteritum tempus concipiatur, ex quo et æstimatur non in futurum. Ratum sit igitur possessorem, si rem petitam tempore rei judicandæ possideat, omnimodo eam petitori restituere debere, ubi nullam exceptionem ab initio sibi competentem objecerit: nec quominus restituere jubeatur quidquam ei prodesse, quod eam rem forte initio litis non possedit, aut quod initio possessam postea inter moras litis usucepit: ita nullam rem ad recusandam restitutionem eum adjuvare,

IX. Quod si possessor tempore rei judicandæ non possidebit, sive quod res periit, sive quod illi amissa est; quæritur an quasi possederit condemnandus sit et cogendus litis æstimationem præstare, quia cum primum res petita est non restituit. Et hic animadverti debet utrum perierit res culpa possessoris, an casu.

X. Si culpa, hoc tenendum est omnem possessorem etiam bonæ fidei et qui nullam moram fecerit judicium suscipiendo, post litem contestatam culpæ nomine petitori teneri; ut quocumque modo culpa ejus res perierit eive amissa sit, debeat condemnari eo nomine et litis æstimationem pati, *L. qui petitorio*, 36 §. 1. *L. si culpa*, 63. *D. de rei vindic.* Nihil hic in genere culpæ distinguimus: quæcunque culpa est, omnem possessor petitori præstat post litem contestatam. Culpa duplex est, aut enim in faciendo est, aut in omittendo et negligendo; priorem nostri vocant factum; posteriorem negligentiam et desidiam. In faciendo culpa est, si quid fecit possessor, quo facto res periit, non facto non erat peritura: veluti, si navem a se petitam adverso tempore navigatum misit; si jumentum ita oneravit, ut oneri succumbens rumperetur. In negligendo culpa est, si quid non fecit reus, quo facto cum posset fieri, res salva esse potuit; veluti, si pecora aut jumenta non recte inclusit, et ea exitu patefacto aufugerunt: si animal ægrotum non curavit, et ita interiit. Exempla sunt utriusque generis culpæ quæ exstant in *d. L. qui petitorio*, §. 1. *de rei vindicat.* in quibus omnibus placet possessorem culpæ nomine teneri. Ergo etsi res mobiles petitæ furto quanvis artificioso subtractæ sint possessori, tamen is tenebitur nihilominus: quia rem furto amisisse culpæ magis attribuitur, quam casui fortuito: si quis enim diligentem custodiam adhibuisset rei servandæ, non esset furto sublata, *L. cum*

*duobus*, §. *damna*, *D. pro soc.* Sed quod diximus factum possessoris propter quod res periit, culpam esse, ita temperandum est, nisi is re usus sit ad eum usum, ad quem natura sua erat parata, et in eo recti usus modum servavit. Hoc qui fecit, extra culpam est, etsi postea per occasionem ejus facti casu aliquo res perierit; veluti, si possessor navem petitam navigatum miserit trans mare, et ea perierit, dum miserit (3) tempore navigationis et eam commiserit idoneis hominibus, *L. utrique*, §. 1. *D. de rei vind.* Ideo nec qui id fecit, navi amissa tenebitur, si sit is qui culpam solam præstare debeat, non casum fortuitum. De quo jam dicam.

XI. Si ergo res petita sine dolo et culpa possessoris periit casu aut ei aliter amissa est, si quidem malæ fidei possessor est, tenetur nihilominus quasi res exstaret: si bonæ fidei possessor qui non temere litigarit, non tenetur: exstat hæc distinctio in *L. illud*, *D. de hered. pet.* Cur ergo tenetur malæ fidei possessor, si quis roget, cum non videatur per eum factum esse ut ita res periret petitori? Hæc ratio redditur ex constitutione veterum nota, quia eo'pt, cujus species est mora, perpetuat obligationem, proinde et obligationem judicati. *L. si servum*, §. *sequitur*. *D. de verb. oblig.* Malæ fidei autem possessores, ex quo primum mala fide rem tractare cœperunt, moram in re restituenda facere intelliguntur, *L. ultim. D. de condict. fur. L. penultim. D. unde vi.* Cur contra bonæ fidei possessor ob eundem casum non tenetur? Quia si juste ad judicium provocavit, moram non facit, *L. si quis solutioni*, *D. de usur.* Quo fit ut, nulla culpa interveniente quæ perpetuet obligationem, necesse sit, re quæ præstari debebat amissa, possessorem liberari, *L. si ex legati*, *D. de ver. obl.* Hinc alia distinctio veterum de hac ipsa re, quæ aliis verbis utens idem exprimit et prioris distinctionis caussam explicat. Distinctio hæc est. Si res petita periit sine dolo malo et culpa possessoris: si quidem is in re exstante restituenda moram fecit, tenetur nihilominus quasi res exstaret, mora illi hanc præstationem perpetuante. Non sane ut rem præstet moram passo, quæ res non exstat, sed ut rei pretium. Sin moram non fecit, possessor fatum non præstat, sed eo interitu liberatur: exstat hæc distinctio in *L. item si*, 15. §. *pen. et ult.* et *L. utique*. seq. *D. de rei vindicat.* Quis autem possessor moram facit? Jam dixi malæ fidei possessorem. Is autem est qui jam ante litem contestatam mala fide possedit sciens rem ad se non pertinere, quales sunt maxime fures et prædones: ad quos ideo et superior definitio de interitu præstando præcipue pertinet, *d. L. ult. D. de cond. fur. d. L pen. D. unde vi.* In eadem caussa est bonæ fidei possessor post litem contestatam, si non juste ad judicium provocavit: puta, si evidentibus rebus convictus rem ad petitorem pertinere, litigare maluit, quam rem restituere, *L. si quis solutioni*, *D. de usur.* *L. nemo rem*, 82. §. 1. *D. de verb. obli.* et hunc quoque casum præstare debere significatur in *d. L. illud*, *D de her. pet.* Contra quis est qui lite contestanda moram non facit? Qui cum ante bona fide possideret, conventus juste ad judicium provocavit, *d. L. si quis solutioni*, *de usur.* Et is juste provocasse intelligitur, qui nullam caussam habuit cur certo existimare deberet petiturem dominum esse, ut se esse intendit; nec debuit in ea ignorantia indefensum jus suum relinquere, *d. L. si quis solut. de usur.* Atque hunc, re perempta, casum non præstare diserte scriptum est in *d. L. illud*, *de her. pet.* Atque hinc est, quod si servus petitus qui custodiri non debuit cum integræ opinionis videretur, fugerit a possessore bonæ fidei, placet possessorem absolvi debere, *L. si a bonæ*, 21. *D. de rei vind.* Quippe fugæ servorum qui custodiri non solent, numerantur inter casus fortuitos, *L. contractus*, *D. de reg. jur.* Sed adjicitur hoc casu, ubi propter fugam servi possessor absolvitur, etsi non cogitur cavere de persequenda re, tamen cavere debere fure, si rem nactus fuerit, ut eam restituat, *d. L. si a bonæ*. in fin.

XII. Sed habet utraque pars distinctionis hujus nonnihil dubitationis: quod breviter diluendum est. Volumus malæ fidei possessorem qui idem in re restituenda moram fecit, quanvis res sine dolo et culpa ejus pe-

(3) Unde notat Menoch. *Arbitr. Casu* 61. navigationis ineundæ periculum de quo *L.* 3. *de don. mort. ca.* non dici, cum opportuno tempore quis maria ingreditur, veluti a Calendis Aprilis usque ad Calendas Octobris *L.* 3. *in fi. C. de naufrag. Lib.* 11. *tit.* 5. Veget. *Lib.* 4. *de re Milit.* quo æstatis beneficio ventorum acerbitas mitigatur, ut Cujac. *in d. L.* 3. Verum, non ea ratio *d.* §. 1. quod navigatio, sua natura, illo tempore periculum præ se non ferret, ut Menoch. *d. loc. n.* 8. sed quia navis ad id parata est ut naviget *L.* 12. §. 1. *de Usufr.* Confer. Vasq. 1. *Ill. Contr.* 20. *n.* 10. *et seqq.*

rierit; nihilominus teneri, et hoc damnum præstare moram passo. Atqui ea regula, quam initio de totius rei restitutione posuimus, nihil amplius exigit a possessore, quam ut restituat id omne quod petitor habiturus foret, si tempore litis contestatæ res restituta esset. Jam vero ubi res petita recte et diligenter custodita, nihilominus casu fatali perit, ut animal morte, ædes fulmine, fundus chasmate; hic æque petitor rem habiturus non esset atque possessor eam non habet. Hæc enim eum a Deo certo judicio et constanti immitantur, æque petitore rem receptam possidente evenissent. Facere igitur videtur ea regula, ne hunc casum etiam malæ fidei possessor præstet? Contra quam volumus. Sed nihil tale hæc regula efficit. Imma illud potius, malæ fidei possessorem et qui moram fecit, casum fortuitum præstare debere. Perisset etiam petitori isto casu corpus rei, si eam sibi retinuisset: sed haberet rei pretium, si eam receptam distraxisset. Quod quia facere potuit, etiam eum facturum fuisse interpretamur adversus frustratorem. Et hoc ita explicat Ulpianus ad diluendam videlicet superiorem objectionem in *d. L. item si*. 15. in (4) fin. *et rei vindic.* quod et fecit aliis duobus locis. *L. item veniunt*, in fin. *D. de hered. pet. L. cum res*, §. *ultim. D. de leg.* 1. Rursum videm parti adversari quis existimet, quod Paulus in *L. utique*. 16. in princ. *D. de rei vindicat.* ita scribit: *Non enim post litem contestatam utique et fatum possessor præstare debet.* Videri enim posset hæc oratio esse generalis, et affirmanter hoc definire, post litem contestatam a nullo possessore fatum seu casum fatalem præstari. Sed non ita est. Particula hæc, utique in oratione affirmativa totum generaliter affirmat: exempla in *L. non solum*. 13. et *d. L. utrique*, statim in princip. *D. de rei vindicat.* In oratione negativa, præcedente particula non, orationis vim et generalitatem imminuit, et hoc *non utique*, valet non omnimodo, non necessario, non per omnia. Ut in hoc exemplo: si rem dederim ut mihi aliam des Paulus scribit, si non des, non in hoc agi utique, quod nostra interest, in *L.* 1. in fin. *de rer. perm.* Ubi constat hoc significari, non omnimodo, et necessario ac sine exceptione agi in id quod interest; sed et quod dedimus, condicere nos posse. Nam alioqui etiam in id quod interest nobis datum esse id, de quo convenit, constat agi posse, *L. naturalis*, in princ. illic, *sin autem. D. de præs. verb.* Id ipsum sentit idem Paulus in *d. L. utique*, cum ait: *non utique et post litem contestatam possessorem fatum præstare debere.* Prius enim dixerat etiam mortuo homine necessariam esse sententiam propter fructus et partus, et stipulationem de evictione. Cur non dixit necessariam esse et propter hominem qui mortuus est? Hoc enim statim quæreret aliquis. Occurrit igitur ipse et ostendit consulto se mentionem hominis mortui omisisse, quia non item generaliter definiri potest de eo necessariam esse sententiam, ut de fructibus et partu. *Non enim utique*, inquit, id est non semper, non per omnia et indistincte *post litem contestatam fatum possessor præstare debet.*

XIII. Altera parte distinctionis superioris volumus bonæ fidei possessorem qui judicium provocando moram non fecit, re casu perempta non teneri, et ut Paulus loquitur, *fatum non præstare*. An non vero huic sententiæ aperte adversatur quod traditur, post litem contestatam omnes incipere malæ fidei possessores esse, ex illo omnes possessores pares fieri, et teneri quasi prædones? Hoc enim totidem verbis scribit Ulpianus in *L. sed etsi*, §. *si ante*, *D. de hered. petit.* Scimus autem, et jam ante admisimus, malæ fidei possessorem qui moram fecit, re petita quanvis casu perempta, nihilominus teneri. *L. illud. D. de hered. petit. L. item si* in fin. *D. de rei vindic.* Quod si is qui ante litem contestatam bona fide possidebat, post litem contestatam incipit et ipse eodem loco esse, et quasi prædo teneri; an non hoc dicitur, etiam hunc omnem quisquis est, post litem contestatam, interitum rei casu amisse pariter præstare debere? Sane hoc dicitur, si superius Ulpiani generaliter dictum accipimus: nec caussa dici potest quin hoc sensu posteriori illi distinctionis parti de fato et casu non præstando aperte adversetur. Sed animadvertendum est, quod Ulpianus dicit, post litem contestatam omnes possessores pares esse, et quasi prædones teneri; non simpliciter ab illo dictum accipiendum

(4) Ubi non excludi casum quo distracturus non sit, verum exemplum poni vehementis absurditatis scribit Forcat. *de Mora P.* 2. n. 43. Facile enim credetur asserenti se distracturum, nec facilis probatu possessori negatio, cum jura contra morosum perpetuo male suspicentur pro petitore, Forcat. *d. loc.* unde non probandum, quod Sebast. Medic. *de Fort. casib. P.* 2. *Q.* 12. n. 14. vult deducendum esse petitori, rem sibi non perituram. De quo alibi plenius. Minus audiendus A. Fab. 16. *Conject.* 19. verba *d. §. ult. si forte distracturus erit petitor, si accepisset* Triboniano adsignans.

esse; sed ita, ut omnes pares sint, et proinde quasi possiderent, condemnandi in eo quod fecerunt quominus possiderent. Id enim diserte expressum est senatusconsulto quod factum est de petitione hereditatis, cujus clausula huc pertinens, refertur in *L. sed etsi*, §. 1. et explicatur deinceps, *D. de hered. pet.* Et ad hujus clausulæ interpretationem superior sententia de possessoribus omnibus post litem contestatam comparandis collata est ab Ulpiano in ead. *L. sed etsi*, §. *si ante.* Quod sane extra conditionem clausulæ neque verum est, neque etiam longius produci debuit. At solum tunc possessor fecisse videtur quominus possideret, cum aut moram fecit in re restituenda, quo casu ademit petitori habendi pretii facultatem; aut sine mora res culpa ejus periit. Quare si neque possessor fuit in mora, nec culpa ejus res periit sed casu; sicut dici non potest per eum factum esse quominus possideret; ita et illud constat eum qui in ea caussa sit, verbis senatusconsulti non teneri ut casum præstare debeat, et quasi possideret, condemnari.

XIV. Ex his apparet de restitutione rei petitæ amissæ summam hanc esse, cum res petita periit amissave est aliter possessori, possessorem in eo duas res petitori præstare debere, moram et culpam. Moram ut, quanvis res sine dolo et culpa ejus perierit, teneatur tamen nihilominus, si moram in ea restituenda fecerit: quod contingit malæ fidei possessoribus sine exceptione; bonæ fidei autem possessoribus iis qui non juste ad judicium provocarunt. Culpam ut, quanvis quis possederit bona fide, et juste ad judicium provocarit ut sic moram non faceret, si tamen res vel minima culpa ejus perierit, sic quoque vel maxime teneatur. Quod si nec moram fecit possessor in re petita restituenda, qualis est bonæ fidei possessor quem modo dixi, neque res periit ejus culpa sed casu, is demum est quem non teneri volumus, quem eumdem dicimus casum non præstare.

XV. Interdum tamen etiam malæ fidei possessor, idem qui in re restituenda moram fecit, re casu ammissa, non tenetur ut aut rem præstet aut rei æstimationem. Quod duobus casibus receptum est: quorum ratio ex superiore regula quæ de restitutione hujus judicii posita est, ducitur. Unus casus est, si res quæ casu periit, eodem modo peritura fuerit apud petitorem: exstat hæc exceptio duobus locis, *L. item si cum*, §. *pro eodem*, in fin. *D. quod met. caus. L. si plures*, in fin. *D. depos.* Sed rem eodem modo apud petitorem perituram sic accipere debemus, quæ et ad corpus rei et ad rei pretium illi pariter peritura fuerit: quod contigit, si et res perierit casu fatali quo apud omnes possessores eodem modo peritura esset, ut si animal natura demortuum sit, ædes tactæ de cœlo conflagrarint, fundus chasmate perierit; et is fuerit petitor qui rem, quanvis receptam, non esset distracturus: puta si fundus petitus fuit minoris; constat enim prædia minorum, ubi æs alienum non urget, alienari non posse, *L. 1. D. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt.* Quæ duo ideo hic exigimus, quia alio casu, ut prædonum, latronumve impetu, non continuo apud petitorem res eodem modo peritura esset; et si esset corpore peritura, si tamen petitor eam distrahere potuit, non videtur illi peritura fuisse cujus pretium habere potuit. Unde et hujus pretii nomine possessorem teneri moram passo ante diximus. At cum superius utrumque concurret, tum vere dicetur ejusmodi casu futurum fuisse ut petitor, re etiam ab initio restituta, tamen neque rem neque ejus pretium haberet. Jam autem illud constitutum est, nihil amplius petitori restitui debere quam quod habiturus esset, re tempore litis contestatæ restituta. Alter casus est quo etiam malæ fidei possessor rei amissionem quæ culpa caret, non præstat, si rem ex necessitate distraxit, puta ovem aut vaccam ægram, cujus tantum caro usui esse potuit ad edendum: aut fructus corruptioni proximos; et ut hac facilius emptorem inveniret, vendidit modico. Hoc casu scribit Ulpianus possessori officio judicis succurri, ut pretium dumtaxat debeat restituere: significans eum de re distracta, aut vera æstimatione rei non teneri, *L.* (5) *item si*; 15. §. 1. *D. de rei vind.* Nempe quia et

(5) Loquitur enim *d.* §. 1. de distractione quæ fit lite pro rietatis pendente. Neque quæstio ibidem aut dubium an pretium restituendum sit, sed an id duntaxat anne solida rei æstimatio. Humanumque quid, ati videntur qui de casu quo ante litem motam res vendita, *d.* §. 1. extendunt, dum statuunt venditorem teneri ibi ad pretium non actione reali, sed in subsidium, re perem ta vel usucapta, condictione ex lege, Jac. Scalt. *Addit. ad* Mod. Pist. *P.* 2. *Q.* 60. *n.* 14. *et n.* 21. Sed nec officio judicis vindicationi cohærente efficitur ut teneatur ad hoc qui distraxit, ceu Hart. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 25. *n.* 13. *p.* 614. verum officio judicis succurri dicitur, *d.* §. 1. non petitori, (ut præstetur quod naturæ actionis non consequens videtur) sed reo convento, ne (quod naturæ vin-

hic intervenit casus qui sine dolo et culpa possessoris rei amissionem attulit quam eamdem et petitori ipsi attulisset, nisi vellet omnino sibi rem perire. Sane quod rem distraxit possessor, casus non est. Sed quod res in ea caussa fuit ut sine periculo interitus servari non posset, is casus est qui necessariæ distractioni causam præbuit.

XVI. Atque hæc possessori restituendæ rei petitæ necessitas est, sive possideatur ab eo sive non possideatur. Faciamus rem exstare, et paratum eum restituere. An est hoc satis ad liberationem, ut ne amplius de re ipsa petita teneatur? Minime. Hoc amplius exigimus ut res restituatur in eadem caussa quæ futura esset, si restituta res esset tempore litis contestatæ, id est ut talis reddatur qualis est cum petitur: hoc ex *L.* 2. *D. de usur.* ductum ex illo superiore, quo volumus petitori restitui quod habiturus esset, re initio litis restituta. Tribus autem modis fit quominus res talis restituatur: oppignoratione, manumissione, rei corruptione. Oppignoratione, si possessor rem inter moras judicii a se usucaptam postea oppignoravit. Recte hoc modo ab eo qui dominus erat oppignorata, sic tenetur creditoribus quibus noxa est, ut posset ab his vindicari, et omnibus deinceps possessoribus evinci. In quibus erit et petitor, si res ita oppignorata quandoque illi restituatur, *L. si fundus*, *§. in vindicatione*. *D. de pig.* Non fuit autem res in hac caussa, cum petebatur. Quid fiet, si tamen restituat possessor? Non liberari constat, *L. si post*. *D. de rei vind.* At quatenus? Non sane magis quam si omnino non restituerit. Non enim videtur restitui et capi a domino quod illi ab alio

dicationis consequens videbatur) ad amplius teneatur. Proinde inferri ex *d.* §. 1. nequit, quod et lucrum quod ex fructibus bonæ fidei ante litem motam consumptis superest bonæ fidei possessori, cohærente vindicationi officio, præstari possit. Sicuti nec eorum opinio LL. jurisque rationi convenit qui et bona fide emptorem, si rem alii nondum conventus judicio vendiderit, ad pretium teneri domino statuunt, Virgil. Pingicz. *Q.* 4 *p. n.* 33. *et seqq.* uti et quod, si rem bona fide consumpsit in usus vitæ necessarios, teneatur domino ad restitutionem tantæ pecuniæ quantum alias ex suo impendisset, quia in eam locupletior sit effectus. Pingicz. *ibid. n.* 24. *et seq.* Quomodo Lipsiæ judicatum testatur Modest. Pistor. *P.* 4. *Q.* 27. putans dari condictionem pretii seu æstimationis, re consumpta, per *L.* 32. *de reb. cred.* et arg. *L.* 31. *Depos.* Facilius tamen huic actioni locum esse concederem, quam cum Pingicz. negotiorum gestorum judicio. Si ex æquitate generali, arguit Pistor. illic depositarius reddere tenetur rem domino quocum non contraxit, ex eadem et hic. Sed num par utrobique ratio sit, alii viderint. Plane, si quid hic contra meri juris rationem, quo certæ actionum caussæ proditæ, quibus cessantibus, nulla oritur, ex nuda æquitate indulgendum domino: id in eo tantum quod pretium a bonæ fidei possessore pro re antea expensum excedit. Veluti si pluris vendiderit quam ipse emit: si plus commodi ex re perceperit quam ex pecunia quæ vicissim abest, probabiliter percepisset; Nec alio casu quam quo spes recipiendæ rei a novo possessore abscissa. Nam nec in interiori conscientiæ foro ad plus teneri recte censet Covar. *in Prælect. C. peccatum de R. I. in* 6. *P.* 3 *pr. n.* 4. vers. *Quorum* et Ursill. *in §. sic itaque* 14. *I. de act. n.* 14. *et seq.* teneri venditorem rei alienæ, non nisi ad augmentum pretii quod ipse pro ea re alii dedit. Nam ut in plus teneatur æquitas certe deficit, ut mirer contra visum fuisse exacti alias judicii Jurisconsulto et prærogatæ auctoritatis viro, Virgilio Pingiczero *d. loc.* Qui enim lucrum facere videor, si quantum mihi parte una accedit, tantundem alia decedit. Sed et nihil est quod hic imputari possit ei qui vendidit, jure suo se facere existimans, immo qui vere jure suo fecit, cum rei alienæ venditio ab ignorante facta injusta haberi non debeat, etsi domino non obsit quin novo emptori evincat, quem convenire debet non venditorem *L.* 1. *C. ubi in rem act.* Facit *L.* 1. §. *ult. de distr. pig.* Quod si in casu *L.* 36. *de cond. indeb.* naturaliter æquum, ut eam pecuniam quam alteri crediderat, rem sibi a servo commodatam pro debito op. ignoranti, ab eo servo, qui commodaverit solutam retineat, ne hic iniquum videtur etc. Magis miror, qui Juris prudentissimus Hart. Pist. *Lib.* 4 *Q.* 25. permotus fuerit, ut nec fructus ullos consumptos plene lucrari bonæ fidei possessorem, quique ex caussa onerosa tenet, operose adstruere nitatur. Quod exactius forte in commentatione quam institui de bona et mala fide, excutiam. Enim vero, ut rei vindicationis judicio condemnetur qui sine dolo vel culpa possessionem amisit, nulla ratione eveniet *L.* 27. §. 1. *h. tit. d. L.* 1. *C. ubi in rem act.* uti nec officio judicis ei cohærenti, quod substantiali ejusdem naturæ adversari non poterit: quæ est, ut teneat possessorem, quive jure pro possessore. Talem vero censeri qui rem opinione et affectu domini distraxit utendove consumpsit, nunquam efficies. Neque etiam audiendos puto qui sentiunt, possessione sine dolo amissa, actorem pronunciari dominum, cujus vi postea reo, si rem rursus cœpit possidere, possessio auferatur, ut ex Villaloh. Vigel. *Meth. jur. contr. Lib.* 3. *C.* 13. *Reg.* 31. *exc.* 4. Nam *d. L.* 27. §. 1. absolvendum hoc casu possessorem dicit. Absurdum autem judicati exsecutionem dari in absolutum, Novo itaque hic judicio opus *L.* 9. §. 1. *de exc. rei jud.* confer. *supra N.* 2.

auferri potest, *L. non videtur quisquam*, *D. de reg. jur. L. aliud est capere. D. de verbor. signific.* Manumissione idem fit et multo magis, si servum petitum inter moras litis a se usucaptum possessor manumiserit. Manumissione enim desinit homo esse in bonis nostris, et quidem ita ut revocari non possit in servitutem, *tit. C. si adver. lib.* Quod si est, non possit eum possessor, ne si velit quidem restituere, et facere ut petitor iterum habere incipiat: quam ob caussam multo minus quam supra manumissu restitutu liberetur, *d. L. si post. D. de rei vind.* Rei corruptione idem accidit, si res restituatur facta deterior: ut si debilitatum animal aut vulneratum possessor restituat. Quo casu ita eum (6) teneri placet ut re restituta, etiam quanto deterior facta sit, tanti condemnetur, *L. non solum*, 13. *D. de rei vindica.* Et quoniam hæc facta possessoris tempore restitutionis latere possunt; adversus hoc periculum prospectum est petitori, ut non aliter liberetur possessor rem petitam restituendo, quam si simul caveat nihil a se in ea re dolo malo factum esse, *d. L. si post. L. præterea*, in fin. *de rei vind.* adde et culpa, ex *L. si homo*, 45. *D. eod.* Quæ cautio eo pertinet, ut si postea paruerit rem fuisse oppigooratam a possessore, aut manumissam, aut culpa ejus deteriorem factam, is hac cautione teneatur in id quod petitoris interest rem recte restitutam fuisse.

XVII. Notandum in re petita deteriore facta a possessore, non tantum eum eo nomine teneri actione in rem jam ante instituta; sed etiam, quod constat, legis Aquiliæ actione de damno dato conveniri posse. Inde quæsitum an possit petitor utraque hac experiri adversus possessorem. Et placet posse utraque; non tamen simul, sed sub electione ut possit alterutra, prout hanc aut illam elegerit: idque hac lege, ut si velit petitor in judicio rei vindicationis æstimari damnum, non aliter audiri debeat quam si (7) caveat desideranti possessori se lege Aquilia non usurum. Quod si malit actor, possessore hanc cautionem desiderante, lege Aquilia experiri, ut sic duplum ab inficiante consequatur, placet possessorem in judicio rei vindicationis absolvendum, ut sic una sit tantum actio ex superioribus adversus possessorem: hæc in *d. L. non solum*, 13. in fin. *L. quod si malit. seq. de rei vind.* Adeo autem possessor in proposito ob rem deteriorem factam tenetur actione legis Aquiliæ ut, quamvis res, postquam a possessore deterior facta est, sine culpa ejus ex alia caussa perierit et quidem ita ut ille eum interitum non præstet (finge bonæ fidei possessorem fuisse qui judicium accipiendo moram non fecerit), ipse quidem liberetur in totum actione in rem, etiam quatenus res deterior ante facta erat; cæterum legis Aquiliæ actione perpetuo teneatur: hoc in *L. sin autem*, §. *si homo*. *D. de rei vindic.* Est enim actio in rem de re ipsa petita: a cujus interitu liberatus possessor ne æstimationem quidem totius rei debet: multomimus partis. Actio autem legis Aquiliæ est de damno dato: quod damnum manet, quamvis res in qua damnum datum erat, perierit.

XVIII. Rem petitam proxime sequuntur ad restitutionem rei petitæ accessiones. Sic nunc proprie vocamus ea quæ aliunde rei petitæ accesserunt eique cedunt, ut per caussam hujus accessionis ei acquirantur qui et rei petitæ dominus est. Quæcunque hæc erunt, ejusmodi sunt ut ea petitor idemque dominus habiturus fuerit jure et beneficio rei suæ, si et res sua initio litis restituta esset. Pertinet igitur et hæc ad legem communem supra a nobis positam de restitutione, ut si quid istorum rei petitæ post litem contestatam accesserit, id omne cum re quæ initio fuit, restitui debeat: quod et placuit. Hujusmodi est si per alluvionem pars fundo accesserit, *L. idem*, 34. *D. de rei vind.* Ergo et insula in flumine nata quæ vicino agro petito cesserit: item alveus prior fluminis desertus a flumine: de quarum accessionum jure est in §. *præterea*. §. *insula*, §. *quod si naturali*. *Inst. de rer. divis.* Hujusmodi et ususfructus alienus qui inter moras judicii ad proprietatem nudam rei petitæ rediit, *L. fructus* 33. in fin. *de rei vindic.* In eadem caussa est ædificium in area petita positum, *L. si in area*, *C. eod.* In eadem fructus pendentes, quisquis eos severit, *L. si quis sciens*, *C. eod.* Ad quod significandum, haud dubie referri illud debet quod dicitur in *L. fructus*, 44. *D. eod.* fructus pendentes partem fundi videri. Quorsum enim hoc nisi ut intelligatur, quia res petita tota restituenda est, etiam hanc partem in toto restitui debere?

XIX. Post hæc, tertio loco eadem restitu-

(6) Confer. *supra Lib.* 16. *Cap.* 3. *n.* 5. *et* G. Goed. ad *L.* 14. *de V. S. n.* 6. *et seqq.*

(7) Qua de re forsan quædam tractabo *infra Lib.* 21. *Cap.* 3.

tionis lege continentur (8) fructus et ancillarum partus. Quæ duo ideo distinguimus, quia, etsi partus ex re nascitur ut fructus; tamen sic obtinuit, ut partus ancillæ non habeatur in fructu, *L. ancillarum*, *D. de her. pet. L. vetus. D. de usufr.* Sic tamen hæc specie distinguuntur, ut una sit de utroque et communis restitutio. Itaque quod de fructu dixero, idem intelligetur de partu. De fructibus post litem contestatam adversus possessorem æstimandis sex ista numero quæruntur. Primum quid sit fructus quem volumus in hanc restitutionem venire. Secundo an omnes fructus restituendi sint non solum percepti, sed etiam non percepti qui percipi potuerunt. Tertio an restituendi ab omnibus possessoribus etiam qui justo titulo possident, puta ab emptoribus. Quarto an omnium rerum fructus restituendi. Quinto ex quo tempore restituendi. Postremo ad quod usque tempus eorum ratio habenda. Quorum de singulis eodem ordine breviter dicemus.

XX. Primum quærimus quid sit fructus quem intelligamus in hac specie venire in restitutionem. Est autem fructus generaliter omnis obventio omnisque reditus qui quovis modo ex re aliqua percipitur, *L. usufructu*. 7. in pr. *L. item si*. 9. in pr. *D. de usufr.* Fructuum genera duo: quidam natura proveniunt: quidam percipiuntur jure: auctor Papinianus in *L. si navis*, 62. in prin. *D. de rei vind.* Natura proveniunt qui ex re nascuntur, sive nascantur sponte naturæ, sive adhibita hominum opera et cultu: ut ex agris segetes, ex pratis fœnum, ex arboribus poma, ex animalibus fœtus, lac, pilus, lana. Jure percipi dicuntur qui ex re non nascuntur, sed quasi nascantur, ita percipiuntur ex usu et locatione rei petitæ, cujusmodi sunt mercedes quæ rediguntur ex vecturis navium, plaustrorum, jumentorum, ex operis servorum, pensiones prædiorum tam urbanorum quam rusticorum: quæ omnia ita numerantur in fructu ut tamen proprie fructus non sint, utpote obveniant extrinsecus, sed magis sint loco fructuum, *L. mercedes*, *D. de her. pet.* Cujusmodi sunt usuræ: quæ ideo vicem fructuum obtinere dicuntur, *L. usuræ*. *D. de usur.* Appellantur tamen et hæc fructus, *d. L. si navis*, 62. *de rei vind. L. cum servus*, 39. §. 1. *D. de leg* 1. sed ideo quia jure fit ut in fructu rei habeantur, *d. L. si navis.* Dicuntur autem jure percipi hæ obventiones, quia actione constituta exiguntur ab iis qui res conduxerunt: hæc autem actio jure constituitur. A jure igitur hæc exactio: atque hinc etiam perceptio. Hos omnes fructus adversus possessorem æstimari placet et in restitutionem venire. In petitione hereditatis constat, *L. sed etsi*, §. *ult. et* 4. *LL. seqq. D. de her. pet* Sed non minus hoc idem servatur in rei vindicatione, *L. fructus*, 33. *d. L si navis*, *de rei vindic.* Excipiuntur usuræ: quæ cum, ut dixi, habeantur in pecuniæ fructu; tamen pecunia petita, si possessor pecuniam non attigerit, non præstantur, *d. L. si navis*. in prin. De quo amplius paulo post, cum quæremus quarum rerum fructus restituendi sint.

XXI. Secundo loco quærimus an in his fructibus qui natura et jure tales habentur, restituendi sint non solum percepti, sed etiam non percepti qui percipi potuerunt. Et placet (9) utrumque genus post litem contestatam æstimandum, *L. fructus*, 33. *D. de rei vind. L. 2. C. de fruct. et lit. exp.* Idque consequens est illi regulæ quam jam sæpe diximus universæ huic restitutioni positam esse, restituendum esse petitori omne quod habiturus esset, si res restituta esset quo tempore lis contestata est. Re enim tum restituta, haberet cum fundo petito etiam fructus qui ex fundo percipi potuissent; quoniam et ipse pro jure suo percepis-

(8) Plura hic subjicere etunt quæ subnotare possem. Sed quia hoc argumentum perfectius exsequi institui in tractatione quam de bona et mala fide aliquando, si Deus vitam viresque dederit, adornabo et emittam, ea modo nunc supersedeo, cum et hic libri molem me circumscribi sentiam. Satis interim sit auctores eos solum qui lenius attigerunt, judicasse, ut Menoch. *Recup. poss. Remed.* 1. *n.* 411. *et seqq. et Remed.* 15. *n.* 576. *et seqq.* Rebuff. *Tr. de Fructibus et eor. restitutione Tomo* 3. Loriot et Cojus *de Fructib.* Rulant *Thesauro fructuum.* Dembuder. *Pract. civ. Cap.* 104. Wes. *ad L.* 1. *C. n.* 61. *et seqq.* Vult. 1. *Disc.* 20. Vasq. 3. *Controv. usu freq.* 70. *ac seq.* Pinel. in *L.* 2. *C. de resc. vend. P.* 2. *C.* 4. Perrenon. 1. *Animadv.* 5. Bus. 4. *Subtil.* 13. Fachin. 1. *Controv.* 56. *et seqq.* Boer. *Ill. Q. de Fructib. subiecta tractat. de cr. m. laes. majest.* Wes. *Cons.* 99 Hartm. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 25. *et* 3. *et seqq.* Jac. Scult. *Q. Pract.* 28. 31. *et seq. et Q.* 35. *etc. add. supra Lib.* 4. 1°. 24. *et* 2. *seqq.*

(9) Ubi vero constat quod possessor perceperit, quia quantum perceperit probatu foret difficillimum, sufficit si testes dicant tantum percipi consuetum ut exinde censeatur percepisse. Proinde differentia inter percipiendos et perceptos consistat, tunc quando non percepisse constat, ita Acinh. de Grassis *D.c.s. notæ.* 124.

set. Illud in minisso debemus hoc inter perceptos fructus et non perceptos interesse, quod possessores post litem contestatam perceptos fructus restituunt omnes, quanvis perceptos non honeste, ut pensiones ex lupanario, *L. ancillarum*, in fin. *L. possessor*, *D. de her. pet.* Non percepisse autem nemo nisi qui honeste percipi potuerunt, *d. L. fructus*, 33. *de rei vind.* Cujus differentiæ rationem reddidi pluribus in petitione hereditatis. Verum hæc est summa, quod non videntur percipi posse fructus qui turpiter quæruntur; interpretatione juris recepta, qua non existimantur fieri posse quæ honeste non posunt. *L. filius, D. de cond. inst.*

XXII. Sed quoad fructus qui percipi potuerunt, oratio ambigua est. Possunt enim intelligi, qui percipi potuerunt a possessore: possunt, et qui percipi potuerunt a petitore. Neque vero utrum dicamus, parum interest: non solum quia sæpe alia atque alia est diligentia et industria utriusque, in re possessa exercenda, colendaque; sed etiam quia in pari diligentia sæpe facultas dissimilis. Possunt enim interdum percipi a possessore qui non possunt a petitore; et contra percipi a petitore qui a possessore non possunt. Utrum ergo intelligimus? Res definita est in *d. L. si navis, §. ult. de rei vind.* his verbis: *generaliter cum de fructibus æstimandis quæritur, animadverti debet non an malæ fidei possessor fruiturus sit* (quales omnes esse incipiunt post litem contestatam, *L. sed etsi, §. si ante, de hered. pet.*), *sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset.* Et recte. Non enim hic quærimus, quid possessor habere potuerit, sed quid petitor cui soli hac restitutione consultum volumus: præsertim cum ita statuamus, petitori id solum restituendum quod habiturus esset re initio litis restituta, *L. præterea, de rei vindicat.* Personam petitoris non possessoris hic spectandam cum dicimus, id hanc vim habet ut, si quos fructus percipere potuit petitor, hos omnes possessor restituere debeat, quanvis forte ipse percipere non potuerit: ut, si proponas eum ab extraneo dejectum esse de fundo atque vi prohibitum quominus fundo frueretur. Sed et hæc in contrarium valet adversus petitorem ut, si is jure frui non potuit, fructum ratio habeatur, quanvis possessor fructus percipere potuerit: adde etiam, quanvis perceperit. Sic autem fit ut petitor fundo petito quanvis restituto frui non potuerit, si fuerit nudæ proprietatis dominus, usufructu fundi alii constituto. Finge eum qui ab initio litis ita nudæ proprietatis dominus erat, fundo ab alio possessum vindicasse; deinde inter moras litis usufructum amissum rediisse ad proprietatem. Quandiu constitit ususfructus, tandiu non habebitur fructuum ratio adversus possessorem; quia tandiu petitor fructus suo jure percipere non potuit: hoc in *d. L. fructus*, in fin. Finge ex diverso, petitorem qui initio in solidum fundi dominus erat, lite contestata morientem legavisse ejus fundi usumfructum Titio. Placet solum ad id usque tempus fructus æstimandos, quo primum usufructus alienus esse cœpit. Usufructu semel constituto, exinde fructuum rationem non esse habendam, *L. et ex diverso*, 35. in princ., *D. de rei vindic.*, nempe ideo quia ex illo cœpit heres defuncti in ea caussa esse ut fructus percipere non posset, etsi res esset illi restituta.

XXIII. Sed huic sententiæ opponi solet *L. domum, C. eod.*; nam illic ita scriptum est, domum petitam restitui debere a possessore victo, una cum pensionibus quas percepit aut percipere potuit. Restituendæ ergo pensiones quas possessor percipere potuit: cum tamen dicamus restituendas quas percipere potuit petitor, ut hic persona petitoris spectetur, non possessoris. Sed ut est species *L. domum*, inter has sententias optime convenit. Animadvertendum est enim in eo rescripto, quæ pensiones a possessore percipi potuerunt, easdem pariter percipi potuisse a petitore. Rescriptum, ut ex verbis apparet, loquitur de possessore qui pensiones percipere potuit. De quo autem petitore? nempe eo qui in totum dominus fuit domus petitæ et proprietate et fructu. Proinde de eo petitore, qui et ipse pensiones percipere potuit, et quidem suo jure. Quoties fructus et a possessore et a petitore percipi potuerunt, nihil interest utrum dicamus fructus restituendos quos possessor percipere potuit, an vero quos petitor potuit. Tum enim pariter ambo fructus et eosdem et eadem quantitate percipere potuerunt. Nec ad rem pertinet quod in re colenda et fructibus percipiendis alii aliis diligentiores sunt et magis industrii. Non enim hic quærimus quid hi facturi essent, sed quid pro facultate naturaliter concessa facere potuerint. Potuerunt autem omnes pariter idem consequi aut per se, aut adhibitis hominibus idoneis, quorum opera ad eam rem uterentur. Itaque hoc casu distinctio petitoris et possessoris et inutilis. Quando igitur isti distinctioni et superiori regulæ locus est? Tunc cum alteruter, aut petitor aut possessor fructus percipere non potuit. Tum enim necessario quærendum est utrius ho-

rum personam debeamus spectare, ut ex ejus persona de fructuum restitutione æstimetur. Atque hoc tempore scilicet definimus petitoris personam spectandam; ut sive ipse percipere potuit, fructus restituendi sint, quanvis non potuerit possessor: sive non potuit, jure non sint restituendi, quanvis possessor percipere potuerit, atque adeo perceperit. Congruit cum *L. domum*, *L.* 2. *C. de fruct. et lit. exp.* Sed et hæc eodem modo ut superior interpretanda est. Quamquam in ea *L.* 2. pro illis verbis; *sed etiam eos quos* (victus) *percipere potuisset*, in aliis exemplaribus emendatius legitur, *sed etiam eos quos percipi oportuisset:* quod si recipimus, dissensio nulla est ne in verbis quidem.

XXIV. Tertio loco quærimus an fructus tam percepti quam qui percipi potuerunt, ab omnibus possessoribus sine exceptione restituendi sint. De perceptis constat. Sed an et qui percipi potuerunt? Et in *L. fructus*, 33. *de rei vind.* generaliter traditur tam hos quam illos esse æstimandos, nec quidquam de possessoribus distinguitur. Sed et illud constat, post litem contestatam omnes possessores pares fieri, *L. sed etsi*, §. *si ante*, *D. de hereditat. petit.* In quam sententiam etiam mox plura. Cur igitur dubitamus? quia interpretes prope omnes excipiunt possessorem eum qui titulo possidet, puta qui emit aut qui legati vel donationis caussa rem accepit: quem volunt, etiam si mala fide rem alienam possideat, tamen a fructibus non perceptis, etiam qui percipi potuerunt, dependendis immunem esse. Moventur autem cum Accursio, *L. si fundum*, *C. de rei vindicat.* ubi ita scriptum est: eum possessorem qui fundum obnuntiante domino comparavit, vel alio modo mala fide contraxit, tam fundum restituere jubendum, quam fructus quos eum mala fide percepisse fuerit probatum. Hinc scilicet colligunt, si quos non percepit, eum restituere cogendum non esse. Cur non sit cogendus si quis roget, cum proponamus malæ fidei possessorem et eum qui dolo malo in re aliena grassatus sit: respondent, quia proponitur possessor qui justa ex caussa et titulo possideat: hoc titulo satis excusari possessorem a fructibus non perceptis. Quo nihil dici potest, neque re inanius, neque ratione ad collectionem ineptius. Et de rescripto videbimus postea: ante de re ipsa et superiore sententia videamus.

XXV. Nos vero certo statuamus fructus omnes tam perceptos quam qui percipi potuerunt post litem contestatam, ab omnibus possessoribus sine ullo discrimine possessorum esse restituendos. De malæ fidei possessore de quo agitur in *L. si fundum*, nihil est certius: sententia diserte expressa est in *L. certum*, *C. de rei vindicat.* ubi sic definitio est: *certum est* (10) *malæ fidei possessores solere omnes fructus cum ipsa re præstare.* Qui omnes dixit, aperte non perceptos solum, sed etiam qui percipi potuerunt dixit. Sed fortasse superius istud dictum intelligemus de malæ fidei possessoribus qui nullo titulo possideant, ut sunt fures, et prædones; non etiam de iis qui proprio aliquo titulo justo muniti sint, ut sunt qui emerunt. Non licet ita interpretari. Qui enim mala fide possidet sciens rem esse alienam, non eo minus malæ fidei possessor est, quia emit aut aliter contraxit: unde et emisse mala fide, vel alio modo mala fide contraxisse dicitur in *d. L. si fundum*, *C. de rei vindicat.* Sed titulus fortassis excusabit malæ fidei possessorem. At quamobrem? Si personam possessoris et injuriam petitori factam spectamus, aperte iniquum: si genus defensionis, etiam absurdum. Spectamus personam possessoris? Jam dixi tam malæ fidei possessorem esse qui sciens rem alienam emit, quam qui sine caussa possidet: nam si mala fides est rem alienam scientem possidere, ut est: *L. bonæ*, *D. de verbor. signif.* si quis ita possidet, huic profecto titulus ut istam scientiam rei alienæ, ita malam fidem non mutat. Spectamus injuriam, quæ fit petitori? At si quis sciens rem alienam emit, et petente domino sciens eam detinet, non minus petitori injuriam facit quam si non emisset, nec titulus iste ulla in re injuriam petitori factam minuit. Est autem iniquissimum, titulo interveniente in eadem conditione possessoris et eadem illius injuria, id est in pari caussa et æquitate jus diversum statui. Quod si spectemus defensionis genus, nihil potest dici absurdius, quam

(10) Lege 12 tab. œna malæ fidei possessoris dupli fructuum præstatio: Si vindiciam falsam tulit rei sive litis, prætor arbitros tres dato: eorum arbitrio reus fructi duplione decidito. Quod jus innuitur *L. un. Cod. Th. de usur. rei jud.* Paul. *Lib.* 5. *Sent. tit.* 8 §. 2. Ejusque vestigium in *L.* 6. §. *ultim. Mand. L.* 12 §. 1. *de distr. pig.* (ubi fructus majores vocantur,) *et L.* 8. §. 1. *de neg. gest.* (ubi ampliores) exstare volunt, Cujac. 9. *Obs.* 19. *ac* 6. *QQ. Papin. ad L.* 2. *de Usur.* et Theod. Marcil. in *LL.* 12. *tab. C.* 12.

eum qui mala fide, id est dolo rem alienam teneat, alio dolo ad eam rem composito defendi. Quod certe fit, si malæ fidei possessor titulo ad possidendum quæsito defenditur. Hic enim titulum adhibere quid aliud est quam fraudi latebram quærere, ut facilius et majore impunitate rem teneas et dominum fraudes? Hoc vero cuiquam tribui minime omnium ferendum est. Bene de suspecto tutore traditum est, tutorem suspectum removendum esse, et quamvis satisdationem offerat, tamen esse removendum: quia satisdatio quæ veluti titulus quidam est retinendæ tutelæ, propositum tutoris malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem præstat, *L. suspectus, L. quia*, seq. *D. de suspect. tut.* Quod multo justius licet dicere de malæ fidei possessore qui; ut in re aliena liberius grassetur, titulum justum possessionis quæsivit quem suæ injuriæ obtruderet. Sed ne hic hæreamus, omnis dubitatio de eo qui mala fide emit præcisa est in *L. ait §. per hanc, D. quæ in fraud. cred.* ubi de eo qui in fraudem creditorum quid emit a debitore, scriptum est eum restituere rem debere cum sua caussa: et fructus venire, non tantum qui percepti sunt, verum eos qui percipi potuerunt a fraudatore. Scio Accursium ad *d. L. si fundum, C. de rei vindica.* hunc emptorem excipere ex numero reliquorum malæ fidei possessorum. Sed perperam excipit, quasi singulare aliquid hæc species habeat præter cæteras. Immo contra sic recte colligemus: Si is malæ fidei emptor qui, licet in fraudem creditorum emit, tamen emit a debitore qui dominus erat, restituere rem debet creditoribus cum fructibus qui percipi potuerunt; multo magis hoc idem exigendum est a malæ fidei possessore qui ab eo qui dominus non erat, emit in fraudem domini: quoniam plus juris est domino in re sua, quam omnibus creditoribus in re aliena. Nihil potest igitur, ut dixi, esse certius ex manifestis locis et ratione juris et æquitatis nota, quam malæ fidei saltem possessores, quanvis titulum possessionis habeant, fructus restituere debere qui post litem contestatam percipi potuerunt.

XXVI. Sed amplius dicimus, etiam bonæ fidei possessores in eadem caussa esse post litem contestatam: traditum et hoc diserte in *L. certum, C. de rei vindicat.*; sic enim verba sunt: *certum est malæ fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re præstare: bonæ fidei vero exstantes: post litis autem contestationem universos.* Id quod si videtur adhuc obscurius, ejus sententiæ non dubia argumenta hæc sunt. Adversus omnes possessores etiam qui bona fide possident, valet illud quod traditur, post litem contestatam omnem caussam restituendam esse: et hoc sic explicatur, restituendum id omne quod petitor habiturus esset, si res ei restituta esset tempore litis contestatæ, *L. præterea, D. de rei vindic. L. 3. §. 1. D. de usur.* At in eo etiam sunt fructus, et ii quidem qui percipi a petitore potuissent, quos eosdem percepturus fuisse existimatur: eosque superiore ista restitutione contineri, et res ipsa per se docet et indicat, *L. Julianus, 17. §. 1. d. L. præterea, de rei vind. L. ait, §. per hanc, D. quæ in frau. cred.* Ergo et hi fructus. Quare et hi post litem contestatam a bonæ fidei etiam possessore præstandi sunt. Item omnes possessores tam bonæ fidei, quam malæ fidei post litem contestatam pares fiunt, et quasi prædones tenentur in iis quæ fecerunt quominus possiderent, *L. sed etsi, §. si ante, D. de hered. pet.* Jam autem effectum est malæ fidei possessores fructus omnes restituere debere, etiam qui percipi potuerunt; nec si emerint aut aliquo alio titulo possideant, eo titulo adjuvari quominus eos fructus restituant: constatque præterea hujusmodi fructus tales esse ut, si percepti non sint, recte dicatur per possessorem factum esse quominus eos possideret. Quo efficitur, etiam bonæ fidei possessores post litem contestatam hos quoque fructus restituere debere. Item omnis possessor post litem contestatam culpæ nomine petitori tenetur in iis omnibus quæ habere potuit in re et ex re petita, neque habet, *L. qui petitorio, §. 1. D. de rei vindic.* Quo in numero et bonæ fidei possessor habetur post litem contestatam, ut diserte scriptum est in *L. si homo, 45. D. eod.* At fructus non percipere qui percipi potuerunt, possessoris culpa est. Quamobrem, his fructibus non perceptis, hanc culpam præstabit petitori etiam bonæ fidei possessor. Quod si in bonæ fidei possessoribus probandum est, jam nihil dubii esse potest quin recte definiamus, fructus ab omnibus possessoribus sine exceptione restituendos esse omnes, non solum qui percepti sunt post litem contestatam, sed et qui percipi potuerunt. Ejusque sententiæ etiam hoc argumentum esse potest, quod in *L. fructus, 33. D. de rei vind.* ea de fructuum restitutione generalis definitio est quæ nullos possessores excipiens facile declaret se ad omnes possessores pertinere. Sic enim Paulus: *fructus non modo percepti, sed et*

*qui honeste percipi potuerunt, æstimandi sunt.* Non adjecit adversus quos possessores æstimandi sint et a quibus restituendi. Ex quo intelligitur, quicunque possessores conventi sint, eos hac lege et definitione contineri, *L. metum*, 9. §. 1. *D. quod met. cau. L. item veniunt*, §. *petitam*, *vers. a quo*, *D. de her. pet.*

XXVII. Qua sententia constituta, jam respondeo de *L. si fundum*, *C. de rei vind.* Illic scriptum est malæ fidei emptorem restituere debere tam fundum petitum, quam fructus quos eum mala fide percepisse fuerit probatum. Nihil verius. Sed ex eo amplius colligi volunt, fructus non perceptos restitui re eum non debere. Hoc vero non recte colligitur: omninoque ita res habet, ut ex eo quod affirmatur de una specie non recte, ce te non necessario colligatur id de altera specie ejusdem generis negandum esse: cum fieri possit ut idem conveniat utrique: unde etiam eveniat ut recte separatim dicatur de singulis, nec cum de una dictum fuerit, eo minus verum sit et in altera: ut enim recte dicimus homines vivere et vitam in se habere, non ideo minus verum est et bruta æque vita vitali prædita esse. Sic qui dicit ex contractibus venientes actiones adversus heredes dari, ut est in *L. ex contractibus*, *D. de oblig. et act.* non ideo negat actiones ex maleficio adversus heredes dari, si rei persecutionem similiter contineant: nam et hæ in eadem caussa sunt, *L. si pro fure*, §. *ult. D. de cond. furt.* Idem accidit in fructibus. Eorum duæ sunt species, percepti, et non percepti qui percipi potuerunt. Non ergo, si quis dicit perceptos restituendos esse, continuo negat eos qui percipi potuerunt restituendos. Possunt enim hi eo jure esse, ut non minus restituendi sint; ut proinde de alterutro genere separatim recte dicturi simus hoc restituendum esse, ac nihilominus verum sit etiam alterum restitui debere. Solum hoc quærendum est an de altero genere quod alicubi omissum est, idem jure dici debeat. Quod si constabit, nihil amplius quærendum est, nec committemus ut ex eo quod de una specie dictum est, colligamus non idem dicendum de altera contra jus manifestum. Id vero in hoc ipso genere fructuum ita faciendum esse, licet intelligere liquido ex collatione duorum locorum quos subjicio. Nam in *L. quæsitum*, 91. §. *ult. D. de leg.* 1. Africanus scribit, cum res legata petita est, caussam repræsentari debere actori: et in hac fructus fundorum interim perceptos, nec quidquam adjicit amplius. Quid ergo? an ita colligemus cum Accursio: ergo fructus qui percipi potuerunt nec percepti sunt, restituendi non sunt? Nullo modo: prohibet *L. cum servus*, 39. §. 1. *D. eod. tit.* ubi Ulpianus diserte in eadem specie scribit, *fructus deduci in petitionem, non quos heres percepit tantum, sed quos legatarius percipere potuit.* Ex quo apparet, si quo in loco dicuntur fructus percepti restituendi esse, non idcirco recte colligi restituendus non esse eos qui percipi potuerunt. Quod si id in aliis idem affirmantibus colligendum non est, omnium minime id faciendum est in *L. si fundum* de cujus sententia nunc agimus. Nam cum illic dicatur malæ fidei emptorem fructus restituere debere non simpliciter perceptos, sed quos mala fide percepit: si hinc colligere placet jus diversum in fructibus non perceptis, necessaria hæc erit collectio, ut malæ fidei emptor fructus non perceptos restituere non debeat, quamvis non perceperit mala fide, id est dolo malo. At hoc non tam falso quam absurde dicatur. Falsum recte esse constat. Certi enim juris est dolum præteritum in petitionem venire, id est eum qui dolo fecit quominus possideret; ut possessorem condemnari: et hoc, sive dolo desierit possidere sive dolo noluerit quid admittere. Servatur hoc in petitione hereditatis, ut traditur in *L. sed etsi*, §. 1. §. *perinde*, *D. de hered. pet.* Sed et hoc eodem exemplo non minus in rei vindicatione, ut hac ipsa ratione admittitur nominatim in *L. sin autem*, §. *si homo*, *D. de rei vindicat.* Nihil ergo usque adhuc proponitur in verbis *d. L. si fundum*, *C. de rei vind.* non modo quo probetur malæ fidei emptorem fructus qui percipi potuerunt, restituere non debere; sed etiam quo potius non probetur nihil tale per contrarium de fructibus non perceptis inde colligi debere. Sed tamen hic adhuc superest illa objectio. Nam si in specie ejus rescripti volumus restitui etiam fructus qui percipi potuerunt, cur in eo rescripto mentio fit tantum fructuum perceptorum, et quidem eorum qui mala fide percepti sint? An non vitiosa est definitio, si fructus tantum perceptos complexa est, cum utrumque genus fructuum complecti deberet? quod quidem vitium in legibus admitti non oportet. Nos vero dicemus, etsi in ea specie utrique fructus restitui debent, nihil tamen vitii esse in eo rescripto de perceptis tantum restituendis respondisse, non perceptos omisisse. Idque duabus de caussis. Primum, quia fieri potest ut Impera-

tores auctores rescripti consulti sint tantum de fructibus perceptis, et illi accommodate ad consultationem respondentes ideo de perceptis tantum dixerint. Animadvertendum est enim rescripta Imperatorum quæ exstant in libris nostris, non solere continere generales definitiones juris, sed solum esse rescriptiones ad speciem sibi propositam: indicant inter innumera, *L. ut responsum. C. de trans. L. precibus, C. de imp. et al. subst.* Deinde qui de fructibus perceptis respondit hos restituendos esse a malæ fidei possessore, vi ipsa respondit etiam non perceptos esse restituendos si percipi potuerunt, interpretatione juris certa, quo fit, ut omnes possessores malæ fidei, in quibus et possessor bonæ fidei post litem contestatam, pariter teneantur quasi possiderent, eoque quasi fructus percepissent, si per eos factum fuerit quominus perceptos possiderent, *d. L. sed etsi. §. si ante, §. perinde, D. de her. pet.* Rata sit igitur hæc sententia, post litem contestatam fructus etiam non perceptos restituendos esse, si modo a petitore percipi potuerint: et restituendos ab omnibus possessoribus; nec interesse utrum bona fide an mala possideant, justo titulo an nullo.

XXVIII. Quarto loco quærimus an in omnibus rebus petitis fructuum ratio habeatur, sive qui percepti sunt sive qui percipi potuerunt: atque hinc quærendi caussa. Quædam enim res ad omnem usum et fructum sunt inutiles, ut lapis, lignum: quædam natura nullum fructum ex se gignunt, etsi hæ usum aliquem sui præbent, ut navis, area: quædam ita fructum nullum ferunt natura, ut si quis his uti velit, etiam ipso usu consumantur, ut pecunia numerata, oleum, frumentum. Sed et præter rem principaliter petitam quædam aliæ in judicio versantur ad restitutionem. Hoc est igitur quod quæritur, an in his quoque rebus omnibus pariter fructus æstimandi sint. Quæstio ex præcedentibus propemodum expedita. Nam si una cum re omnes fructus rei restituendi sunt, ut restituendos esse diximus, et fructus est non tantum quod ex re nascitur, sed etiam quod percipitur ex ejus usu: sequitur, ut prout ex re quoque hi fructus percipi possunt aut non possunt, ita hi æstimentur aut non æstimentur. Proinde si qua res ejusmodi est quæ neque natura fructum ferat, neque usum aliquem sui præbeat ad mercedem inde percipiendam: res ipsa docet ibi fructus æstimari non posse, ubi nullus rei fructus est, ut si lapides aut ligna petantur: si animalia, quorum aut propter ætatem nullus adhuc sit usus, aut propter valetudinem inutiles operæ, *L. cæterum, 31. L. pen. D. de rei vind.* Quod si quis fructus esse potest aut ex re ipsa aut ex ejus usu, quæcunque ea res erit quæ in judicium veniet, etiam in ea fructuum ratio habebitur. Nec ad rem pertinebit utrum ea fructum ferre non possit natura, an non: ac ne illud quidem utrum sæpius ex usu rei repetito percipi fructus possit, an semel dumtaxat. Hinc illud Papiniani, si navis petatur, etiam hic fructus æstimandos esse, ut in taberna et area quæ locari solent, *L. si navis. 62. D. de rei vindicat.* dictum, cum possit dubitari an in his recte fructus æstimentur, ex quibus nulli fructus natura provenire possunt. Sed satis est, ut eodem loco docet Papinianus, reditum percipi posse ex earum rerum locatarum usu. Hunc reditum etiam in fructu num ramus: estque is fructus qui ab illo dicitur jure percipi. Inde et illud ejusdem Papiniani: etiam *eorum nomine: quæ usui non fructui sunt, fructus restitui* debere, *L. cum in rem. 64. D. eod.* Fructui esse dicuntur res quibus uti frui possumus, sive in quibus ususfructus, quem nostri usitate uno verbo fructum vocant, consistere potest. Est autem ususfructus jus rebus utendi fruendi, salva rerum substantia, *L. 1. D. de usufr.* Quapropter res fructui esse intelliguntur, quibus ita uti possumus, ut post usum substantia rerum salva maneat: ut accidit in fundo, in ædibus, in animalibus, in navi, in area. Quod si ita est, necesse est res usui tantum non fructui eas esse intelligi quibus ita uti possumus, ut post usum non relinquatur rerum substantia; proinde eas quæ usu consumuntur: ut sunt frumentum, vinum, oleum, pecunia numerata: de quibus in *§ constituitur, Inst. de usuf.* et *D. de usuf. ear. rer. quæ us. cons.* Itaque hoc sentit Papinianus quod et Azo recte accepit, etiam earum rerum nomine quæ usu consumuntur, si de his in rem actum sit, fructus restitui debere: ut intelligamus etiam hos debere restitui qui semel tantum percipi potuerunt, non sæpius. Quis ergo istarum rerum fructus esse potest, quæ, si naturam spectamus, nihil ex se gignunt: si usum, etiam ipso usu esse desinunt? Fructus hi sunt: in pecunia numerata usuræ. Nam et has cum pro usu pecuniæ mutuo datæ percipiantur, vicem fructuum obtinere diximus, *L. usuræ, D. de usuris:* in cæteris rebus hujus generis, ut frumento, vino, oleo, fructus sunt additamenta quæ his rebus mutuo datis, præter sortem, usurarum

loco præstantur, *L. frumenti, L. oleo, C. de usur.* Sed notandum in hoc genere rerum et usuras et additamenta usurarum loco solum restitui percepta, non etiam non percepta, quanvis percipi potuerint: de quo mox plura suo ordine.

XXIX. Ut autem nihil interrst quem fructum res frrat et quoties, ut is fructus æstimetur: sic nec interest utrum de re principaliter petita agatur, an vero de iis quæ cum re per consequentiam restituenda sunt. Quemadmodum hæc posteriora veniunt in restitutionem, ita et eorum fructus. Hujus generis esse diximus primum ea quæ rei petitæ accesserunt: ut sunt quæ per alluvionem fundo petito accreverunt, ut insula flumine nata, alveus a flumine relictus; item si quid in area petita ædificatum sit. Et istarum quoque accessionum fructus æstimantur. Exemplo est quod per alluvionem accrevit, de quo ita scriptum est in *L. fructus*, 32. in fin. et *L. idem, seq. D. de rei vindic.* Ut placeat non solum id restitui, sed etiam in eo rationem haberi fructuum. Quo exemplo idem in cæteris accessionibus intelligemus. Diximus etiam una cum re fructus esse restituendos. Proinde et si eorum fructuum aliqui fructus esse possunt, una cum fructibus etiam fructuum fructus in restitutionem venient, ut in pecoribus fœtus, item eorum fœtuum fœtus et fructus omnis in infinitum: quod de partu et partuum fructibus scriptum in *L. Julianus*, 17. §. 1. *D. de rei vind.* multo magis ad fructuum fructus pertinet. Sed et fructuum fructus prædonem restituere debere diserte scriptum est in *L. illud*, §. *prædo*, *D. de hered. pet.* quo in numero habetur et bonæ fidei possessor post litem contestatam, *L. sed etsi*, §. *si ante*, *eod. tit.* Scriptum hoc quidem petitione hereditatis, sed ita ut velint veteres hujus exemplo per consequentias et in speciali in rem actione idem admitti, *L. sin autem*, §. *si homo*, *D. de rei vindicat.*

XXX. Non tamen in his rebus omnibus pariter fructus æstimandi sunt et percepti et qui percipi potuerunt. In omnibus percepti semper restituendi: non item in omnibus ii qui percipi potuerunt. Excipienda sunt nobis genera duo in quibus non percipi potuerint. Unum genus est earum rerum in quibus aliquid accessit opera et beneficio possessoris. Quod ita accessit, etiam qui inde sunt fructus restituendi sunt, si sint percepti: non percepti non præstantur, quanvis a possessore ipso percipi potuerint. Id declaratur in hoc exemplo in *L. cæterum*, 31. in fin. *D. de rei vindic.* Servus petitus est. Eum possessor aliquod artificium docuerat aut docendum curaverat; *improbe desideret petitor*, ait Paulus, *fructus æstimari qui ex artificio servi percipi potuerunt, quod artificium sumptibus aut opera possessoris didicit.* Quo exemplo recte idem defendemus si possessor in area petita ædificium posuit, ut si quidem locavit et percepit pensiones, eas una cum area et ædificio restituere debeat: si non percepit, non æstimetur, quanvis ædificium locare potuerit. Cur ergo improbe desideret petitor fructus a possessore non perceptos ex hujusmodi accessionibus? Quia satis esse debet petitori, quod beneficio possessoris utitur in illis accessionibus percipiendis quas a possessore accipit. Inique autem et impudenter faciat si, hoc beneficio non contentus, etiam hoc exigat a possessore ut novam operam subeat in fructibus conficiendis, quos adjiciat invitus petitori: cum potius uniuscujusque donantis sit beneficio suo modum statuere quem velit, nec longius progredi: *L.* 2. *D. de prec.* ejus autem qui accipit, officium de eo quod accipit gratias agere, non pro beneficio molestiam et injuriam reddere. Ut minimum, certe illud recte dicetur non exigi amplius a possessore, quam ut restituat rem petitam cum omni caussa damni dati, ut est in *L. damnum*, *C. de rei vindic.* cum autem fructus non percipitur ex re quæ beneficio possessoris accessit, tum petitorem damnum non facere, qui nihil amittat de suo, sed lucro quo alterius beneficio utebatur tantum prohiberi. Inter quæ multum interest, ut declaratur in *L. Proculus*, *D. de damn. inf.*

XXXI. Alterum genus huic simile est earum rerum quæ usu consumuntur. Etiam harum nomine diximus fructus restitui debere, *L. cum in rem*, 64. *de rei vindic.* Puta pecuniæ numeratæ usuras, frumenti mutuo dati additamenta. Hoc de usuris et additamentis perceptis accipiendum est. Usuras ex his rebus perceptas sine dubio possessor restituit, *L.* 1. *C. de pet. hered.* Quidni, cum et alia lucra extrinsecus obtingentia restituat, ut in extrema parte hujus restitutionis diremus? Quas vero usuras non percepit, non præstat qui pecuniam non attigit. Hoc etiam in pecunia hereditaria placuit, *L. item veniunt*, §. *Papinianus*, *D. de hered. pet.* Multo magis probandum in petitione singularum rerum, quæ et finibus est angustior et non item bonæ fidei est, ut hereditatis petitio: idque etiam diserte scriptum est ab eodem auctore Papiniano in *d. L. si navis*, in prin. *de rei vind.* Hic occurrebat hæc objectio. Cur enim in nave et area quæ

natura fructum non ferunt non magis quam pecunia, pensiones quæ in fructu sunt æstimantur, etiam quæ non perceptæ percipi potuerunt; in pecunia autem numerata non æstimantur usuræ quæ nihilominus habentur in fructu? Diluit hanc objectionem Papinianus ibidem subjecta differentiæ ratione. Est autem hæc; *quia periculum navis locatæ possessor petitori præstare non debet, cum pecunia periculo dantis fœneretur.* Hoc sentit. Si quos fructus possessor non percepit dolo malo aut culpa sua, recte ab eo exigitur ut hanc culpam præstet. Illud non debet exigi ut ipse in re petita novum peculum sibi accersat. Jam vero si navem aut res similes possessor non locet ut pensiones ex usu percipiat, ejus culpa est qui in locando nullum periculum in se suscipit. Nam si casu res pereat dum re utitur ut oportet, casum non præstat; cum necessitate officii re recte uti et recte locare ad fructum colligendum cogatur, *L. item si verberatum*, §. 1. *D. de rei vindicat.* In pecunia autem numerata hoc contra evenit, ut non possit possessor pecuniam mutuo dare fœnori, nisi periculo suo: quod periculum subire non debet. Cum enim possessor pecuniam petitam mutuo dedit, non amplius eam debet quam dedit; quippe quæ utendo et permutatione dominii quodammodo consumpta sit, ut est in §. *constituitur*, *Instit. de usufr.* sed debet tantumdem, id est pecuniam in genere. Eo fit ut, quanvis pecunia mutuo data perierit, tamen possessor perpetuo teneatur, quia eam non debuit, sed genus quod utique non periit ac nec potest, *L. in ratione.* §. *incertæ*, *D. ad leg. Falc.*

XXXII. Quinto loco quærimus quo ex tempore fructus æstimandi sint tum percepti, tum qui percipi potuerunt. Et cum ita statuamus, restituendum essse petitori id omne quod habiturus esset, si tempore litis contestatæ res restituta esset, nihil præterea: hinc admonemur, videndum hic esse quid juris habuerit petitor in fructibus percipiendis, si ei res petita statim restitueretur, quid non habuerit: ut si statim jus habuit fructuum percipiendorum, statim ex illo fructus æstimentur: si ante non habuit, interim non æstimentur. Hinc ergo illa distinctio, ut multum intersit petieritne rem nudæ proprietatis dominus, an qui in totum dominus erat. Si dominus nudæ proprietatis, quemadmodum si inter moras litis duravit ususfructus, nihil petitori fructuum nomine restitui debet quos ipse suo jure habere non potuit: ita si interim amissus ususfructus redierit ad proprietatem, consentaneum est eo solum tempore quo rediit fructuum rationem habendam, *L. fructus*, 33. in fin. *D. de rei vindicat.* Quod si petitor in totum dominus fuit, efficitur superiore regula statim quidem fructus esse æstimandos; sed ex quo lis contestata est, non si qui antecesserint: idque ita traditur in *L. 2. Cod. de fruct. et lit. expen.* et recte. Non enim, re tempore litis contestatæ restituta, ideo haberet petitor ea quæ jam in re non sunt ac nec esse possunt: sed solum quæ res secum ferret, in quibus sunt sequentis solum temporis commoda, et in his fructus qui ex eo tempore percipi potuerunt. Quid ergo, fructus præcedentis temporis, id est qui ante litem contestatam percepti sunt aut percipi potuerunt, æstimandi a possessore non sunt? Non sunt ea actione in rem qua nunc agitur. In eam enim actionem solum venit res petita, et per consequentiam commoda ejus rei, tanquam rei petitæ accessiones: quæ scilicet, re initio restituta, beneficio ejus rei petitor esset habiturus; hæc est enim ea caussa quam cum re petita restituendam esse dicimus, *d. L. præterea*, *de rei vind.* In hoc autem genere non sunt fructus ante litem contestatam percepti, qui semel a re separati jam amplius ex ea rapi non possunt. Neque tamen hoc dicimus petitorem omnimodo a possessore eos fructus consequi non posse, aut possessorem omnino restituere non debere: sed non eadem actione qua res cujus fructus sunt, petitur. Quid ergo est? Nempe hi fructus semel a fundo aut alio corpore separati proprium corpus habere cœperunt, et rem principalem constituere, non jam alterius rei accessionem. Proinde si hos petitor jure consequi potest et petere vult, necesse habet speciali actione nominatim petere, puta vindicatione aut condictione, quæ actiones de his separatim petendis commemorantur in *L. mala*, *C. de cond. ex lege.* His actionibus conventus possessor, ut si de alia quavis re principaliter conventus esset, etiam præcedentis istius temporis fructus restituere cogetur: si modo fructus in ea caussa sint ut debeant jure præstari. Neque vero semper jure restituendi sunt. Certe neque ab omnibus possessoribus, neque omnes. Videndum igitur, qui a quibus restituendi sint, et quæ sint petitori ad eos petendos idoneæ actiones.

XXXIII. De quo breviter sic habendum est: Malæ fidei possessor fructus omnes etiam ante litem contestatam perceptos una cum re præstare debet. Idque est quod generaliter definitur in *L. certum*, *C. de rei vind c.* his verbis: *certum est, malæ fidei possessores*

*omnes fructus solere cum ipsa re præstare.* Omnes sic accipe, non tantum qui post litem contestatam, sed et qui ante percepti sunt. Nam et qui percepti sunt ante, omnium numero continentur. Sed et ut universi præstentur, solum qui post litis contestationem percepti sunt; bonæ fidei possessoribus tantum eodem illo rescripto postea tribuitur. Nec cur malæ fidei possessor istos omnes restituere debeat, ratio obscura est. Quippe hi fructus alieni sunt; cum fructus ex aliena re percipiendo nemo faciat suos, nisi bonæ fidei possessor, *L. bonæ, D. de acquir. rer. dom. L. qui scit, §. 1. D. de usur.* Sic autem ante perceptos restituere debet possessor malæ fidei, ut debeat non exstantes solum, sed etiam consumptos, constitutis in utramque partem propriis actionibus. Exstantes recte vindicat dominus rei ex qua fructus nati sunt; idem enim dominus est fructuum qui et rei, ubi fructus a bonæ fidei possessore percepti non sunt, *L. qui scit, §. 1. D. de usur.* Sed et consumptos idem dominus recte vindicat a malæ fidei possessore, si quidem dolo malo consumpti sint: cum sit in rem actio etiam adversus eum qui dolo desiit possidere, *L. sin autem §. 1. D. de rei vind.* Quod si possessor fructus necessitate rei coactus distraxit, puta ne corrumperentur; non possunt ab eo vindicari quos nec possidet nec dolo possidere desiit, *L. qui petitorio*, in pr. *D. eod.* Sed ei condici possunt, *L. mala, C. de cond. ex lege. L. 4. §. post litem, D. fin. reg.* Est autem in eam rem condictio furtiva. Qui enim fructus mala fide perceptos, atque ita rem alienam mobilem sciens contrectat dolo malo, fructuum furtum facit, *§. furtum autem, Inst. de obl. quæ ex del.* Unde domino de re furto sublata superior condictio, *§. ult. Inst. eod. L. item Mela, §. legis, D. ad leg. Aqui.* Hac vero condictione etiam exstantes peti possunt, ac non tantum in rem actione: ut sic et de consumptis et de exstantibus idem dominus et vindicationem habeat, et condictionem, *L. si pro fure §. 1. D. de cond. fur.*

XXXIV. Sed hoc totum de fructibus qui natura ex re proveniunt, intelligendum est. Ad pensiones et reliquas mercedes quæ jure ex rebus percipiuntur, non pertinet. Hæ namque a vero domino conductore solutæ et traditæ possessori transferendi caussa, fiunt possessoris, *§. per traditionem, Inst. de rer. divis.* Quamobrem nec vindicari ab eo possunt qui earum pensionum dominus est; nec condici tanquam furtivæ, quarum furtum possessor non facit, rem suam non alienam contrectando; non peti condictione sine caussa quæ voluntate domini ex justa caussa possidentur: sed peti possunt actione negotiorum gestorum, et ex eadem caussa certe condici. Nam si quis rem alienam ignorans vendidit, suum se negotium gerere existimans, nihilominus tanquam qui negotium domini re vera gesserit, domino de pretio negotiorum gestorum actione tenetur, *L. ult. D. de neg. gest.* Quare et qui rem alienam locavit tanquam suam et pensiones percepit, de his pensionibus domino eodem modo tenebitur; cum sint hi inter se finitimi contractus, et merces sit quodammodo usus et operæ locatæ pretium.

XXXV. Quod si fructus a malæ fidei possessore percepti non sunt ante litem contestatam, quamvis ab eo percipi potuerint; tamen hi neque vindicari ab eo possunt quos non possedit unquam: eoque nec potest ullo modo videri desiisse possidere, neque possunt per se condici. Non condictione furtiva ab eo qui eos nunquam contrectavit: non negotiorum gestorum actione ab eo qui in fructibus non perceptis nullius negotium gessit: non condictione sine caussa ab eo qui ex his fructibus apud se nihil habet aut habuit, *L. perpetuo, D. de cond. ob turp. caus.* Sed qui per se et recta a malæ fidei possessore peti non possunt, possunt actione de re principali instituta per consequentiam, tanquam accessiones, ab eo obtineri. Id fit, si qua sit adversus malæ fidei possessorem actio in personam de re ipsa cujus de fructibus agitur. Quæcunque enim ea actio est in personam per quam petimus quod nostrum fuit, in eam veniunt et fructus ex tempore quo mora facta est, *L. videamus, 38. §. si actionem, de usur.* Hujusmodi actiones in personam et condictiones de re principali sunt: in re quidem soli, interdictum unde vi dejecto, seu in factum actio loco interdicti: in re autem mobili condictio furtiva de re ipsa surrepta. Quarum in utraque, ut mora fit a prædone et fure ex ipso tempore delicti, ita et exinde fructuum ratio habetur, *L. 1. §. ex die, §. non solum, L. penul. D. unde vi, L. in re, §. ult. L. ult. D. de cond. fur.*

XXXVI. Bonæ fidei possessor ante litem contestatam longe in diversa caussa. Nam primum quicunque fructus hominum opera et diligentia perveniunt, ut in agris sata, in vitibus uvæ, in animalibus fœtus, lac, pilus lana: hi omnes percepti statim pleno jure fiunt bonæ fidei possessoris, *L. qui scit, §. 1. L. in pecudum, L. fructus, D. de usur. L. bonæ, D. de acqu. rer. dom.* Quare neque exstantes ab eo peti possunt, ut cogatur suos

semel factos restituere. Repugnat ratio naturæ, quæ dictat nulli mortalium rem suam recte quæsitam auferri oportere, *L. 2. D. de his qui sunt sui vel al. jur.* Repugnat regula juris ex illa superiore æquitate ducta, id quod nostrum est, sine facto nostro ad aliom transire non posse, *L. id quod nostrum, D. de regul. jur.* Et ideo quod in *L. certum C. de rei vindic* dicitur bonæ fidei possessores restituere debere fructus exstantes etiam si ante litem contestatam exstent, illic exstantes cogente juris ratione interpretari debemus stantes et pendentes, ut appellantur pendentes in *L. si pendentes, D. de usufruct.* Hi quia cohærent solo, ideo et pars sunt fundi, *L. fructus pendentes, D. de rei vind.;* quamobrem et fundo petito, una eum fundo tanquam pars fundi in judicium veniunt. Denique et tandiu ejus sunt qui dominus est fundi, *L. si quis sciens, C. de rei vindic.* Qua ratione dictum est, si fundi possessor eum excoluisset sevissetve, et postea fundus evincatur, consita eum tollere non posse, *L. si fundi*, 53. *D. eod.* Cæteri fructus qui sponte natura proveniunt non hominum facto, ut fœnum ex pratis, ex arboribus poma. in ea caussa sunt, ut perceptione sola non fiant bonæ fidei possessoris, *d. L. fructus, de usur.* Ideo quandiu percepti apud bonæ fidei possessorem exstabunt, tandiu et fundi dominos qui eorum fructuum dominus est, eos a possessore vindicare potest.

XXXVII. Quod si percepti etiam a bonæ fidei possessore bona fide consumpti erunt, qui perceptione ejus facti non erant, nunc incipient ita illius fieri consumptione, ut jam nec ab eo peti possint, nec rogatur eos restituere. Hoc de consumptis a bonæ fidei possessore fructibus generaliter traditum est, nec distinguitur cujus generis sint fructus. *L. 4. §. post litem, D. fini. regun. §. si quis a non domino, Inst. de rer. divis.* Sed et quod dicitur, fructus qui opera hominum non p reveniunt, non fieri bonæ fidei possessoris percipiendo, *d. L. fructus, de usur.* satis declarat sola perceptione ejus non fieri, at fieri ejus omnes consumptione. Idem arguit, quod de consumptis fructibus legimus in *L. mala, C de cond. ex leg.* his a malæ fidei possessore solum condic. Postremo vincit ratio, consumptos a se fructus bonæ fidei possessorem restituere non cogi, nisi sit aliqua adversum eum actio, qua cogatur, *L. cæstat D. quod metus caus.* proinde aut in rem actio, quæ vindicatio; aut in personam, quæ condictio appellatur: non enim plura sunt genera actionum, *L. actionum, D. de obl. et act.* Atqui consumpti a bonæ fidei possessore ante litem contestatam fructus vindicari ab eo non possunt qui neque possidet, neque dolo desiit possidere: condici ei multo minus qui nihil contraxit cum petiture, in fructibus tractandis nihil deliquit, in consumendis nullius negotium gessit, his consumptis nihil habet alieni ex injusta caussa: nascuntur enim actiones in personam ex his caussis, contractu, quasi contractu, maleficio, quasi maleficio, neque pluribus, §. 1. *Inst. de act.* Quare, omni actione de his fructibus adversus bonæ fidei possessorem sublata, nihil relinquitur quod ab eo possit hoc nomine exigi. Scio incurrere omnem hanc quæstionem in varias difficultates propter dissidentes in speciem in hac quæstione locos. Sed tractatio fusior non est hujus loci. Pertinet ad acquisitionem hujus generis fructuum, de qua in acquisitione dominiorum abunde disseruimus suo loco. Inde sumi potest, quod videbitur ad hunc locum pertinere. Tantum hoc loco de hac re nobis atting ndum fuit, quantum satis esset in summa ad intelligendum quæ esset, et ex quo tempore restitutio fructuum, quæ exigeretur ab omni possessore: et quam recte direretur fructus ex tempore litis contestatæ æstimandi, cum videatur contradici in *L. certum, C. de rei vind.*

XXXVIII. Postremo quæritur, ad quod usque tempus fructuum ratio habenda sit. Et extat generalis definitio Papiniani in *L. 3. 1. D. de usur.* quæ omnibus hujus judicii præstationibus unum tempus præfinit in hæc verba: post litem contestatam actori caussam præstandam esse in eum diem quo sententia dicitur, id est res judicatur. Cum ergo in hac caussa sint fructus, nempe et de his hoc statuitur, fructuum rationem usque ad tempus rei judicatæ spectandam esse: quod et totidem verbis scriptum est in *L. Julianus, 17. §. 1. D. de rei vindic.* congruit *L. fructus, 33. eod.* Si res tandiu extat, nulla dubitatio. Re enim extante, potuit petitor tandiu ex ea, si restituta esset, fructus capere: quos quia habiturus esset, ex regula generali jure a possessore exiguntur.

XXXIX. At quid, si res petita inter moras litis perierit? An videtur æquum esse fructus æstimari ejus rei, ex qua amplius nulli sunt fructus? Et recte dixerimus naturam repugnare quominus æstimentur, si quidem ita perierit res, ut jure etiam habeatur pro amissa, quia possessor ejus nomine non tenentur. Quod si ea amissa, nihilominus tenebitur possessor; quemadmodum res fingitur jure extare ut præstanda sit; ita hujus ipsius juris ratio facit ut tan-

quam exstantis fructus perpetuo debeant æstimari. Id enim re vere exstante omnino futurum erat. Quæ et distinctio in hac re a veteribus recepta est. Quando enim re amissa possessor non tenetur? cum res petita sine dolo et culpa bonæ fidei possessoris amissa est; veluti cum servus petitus qui custodiri non debebat, fugit a possessore. Ideo et hoc casu placet sic de re petita possessorem absolvi, ut fructus præstare debeat; sed fructus solum ejus temporis quo possidet; proinde fructus in eam diem solum ad quem usque possedit, *L. si a bonæ*, 21. *D. de rei vindi.* Contra, quando re perempta aut aliter amissa, nihilominus tenetur possessor? Cum res periit post moram, aut sine mora, dolo vel culpa possessoris. Ac tum quoque placet ex diverso, quasi res non periisset, fructuum rationem hic habendam usque ad rei judicandæ tempus, *d. L. Julianus*, 17. §. 1. *d. L. fructus.* 33. *de rei vindic.* Id efficit culpa, quæ certa constitutione juris perpetuat obligationem omnemque prestationem, *L. si servum*, §. *sequitur*, *D. de verb. oblig.* id est, facit ut qui debuerat perinde teneatur perpetuo, quasi res exstaret, *L. nemo* 82. 1. *D. eod.*

XI. Sed utcumque hic velimus fructus quam longissime æstimari: tamen observandum est, non longius tempus huic rei præfiniri a veteribus, quam tempus rei judicatæ, *d. L. Julianus*, §. 1. *L. fructus, de rei vind. d. L.* 3. §. 1. *de usur.* Quid ergo, si post rem judicatam legitimum spatium judicati datum sit possessori ad rem restituendam? An si quos fructus interim perceperit aut percipere potuerit, hi restituendi non sunt: denique post rem judicatam fructuum ratio non habebitur? Immo habebitur; sed non similiter, ut ante rem judicatam in eum diem quo res judicatur. De quo breviter sic habendum puto. Post rem judicatam si quos fructus percepit possessor, licet intra tempora judicati, perceptos tamen omnimodo restituere debebit judicati actione. Lucrum enim ex re petita possessor facere non debet, ne bonæ fidei quidem: idque adversus omnes possessores etiam qui moram non fecerunt, ante rem judicatam servatur, *d. L. Julianus*, 27. §. 1. illic, *sed et fructus*, *D. de rei vind.* Servandum igitur et post rem judicatam etiam intra legitima tempora judicati: quoniam ut eleganter Papinianus scripsit, ea temporis intercapedo judicato dilationem dare, non lucrum adferre debet, *L.* 3. in pr. *D. de usur.* Quod si qui fructus percipi potuerunt intra id tempus, neque percepti sunt a possessore; si quidem is ante sententiam moram fecit in re restituenda, etiam hos fructus restituere debebit, ut disserit Papinianus in. *d. L.* 3. in pr. *de usur.* Idque hac ratione, quod qui ante propter moram fructuum præstandorum necessitate obstrictus fuit, absurdum sit eum aut sententia, aut legitimi temporis spatio ea præstatione liberari. Sententia; quia ea sententia possessor victus et condemnatus est: quæ condemnatio nocere ei debuit potius, quam prodesse. Legitimi temporis spatio; quia id spatium ad dilationem tantum prodest, non ad lucrum faciendun. Faceret autem lucrum possessor, si quam obligationem in judicium attulit, ea propter legitimum spatium judicati liberaretur. Sed hoc, inquam, in fructibus non perceptis de eo possessore dictum est, qui ante rem judicatam moram fecerat. Quod si ante sententiam mora intervenit; *post rem judicatam tempus a fructibus dependendis immune est*, quæ altera definitio est ejusdem Papiniani in *ead. L.* 3. §. 1. *de usur.* A fructibus dependendis, idest a fructibus cum damno possessoris præstandis. Id enim valet Latinis dependere: ut non simpliciter aliquid præstare, sed præstare cum damno ubi necesse habeas præstare quod ad te non pervenerit, nec porro perventurum sit, ut ostendi in commentario de fructibus in hujus ipsius loci interpretatione. Sed cum fructuum ratio habeatur etiam post rem judicatam, ut apparet ex superioribus, cur ita tot locis definitur fructuum rationem habendam usque ad tempus rei judicatæ? Duabus de caussis: primum quia agitur in hac restitutione de officio judicis qui de re cognoscit. Hujus officium et potestas ad sententiam usque et rem judicatam protenditur. Re judicata judex esse desinit, *L. judex posteaquam*, *D. de re jud.* Unde et negatur pertinere ad officium judicis post condemnationem futuri temporis tractus, *L.* 1. §. 1. *D. de usur.* Deinde quia generaliter et in universum recte dicitur post litem contestatam omnium fructuum rationem haberi usque ad tempus rei judicatæ, quia omnium ratio usque ad id tempus habetur non solum perceptorum, sed etiam eorum qui percipi potuerunt, quanvis possessor prius in mora non fuerit. Sufficit enim culpa, quam inter moras judicii possessor petitori præstare debet. At hoc non ita est post rem judicatam. Ideo recte excluditur legitimum spatium judicati, pro quo tempore solum percepti interim fructus restituuntur: qui percipi potuerunt, non restituuntur nisi ab eo qui prius moram fecerat: merito: non enim cura et diligen-

tia ab eo exigenda fuit, cui propter dilationem legitimi temporis restituendi necessitas, ut ante, non imponitur.

XLI. Ac de fructibus eorumque restitutione satis. Quæ de fructibus diximus, eadem omnia intelligi volumus et de rei petitæ partu: scilicet ut ancilla petita, una cum ancilla partus postea editi, et partuum fructus ab omnibus possessoribus restituendi sint jam inde a tempore litis contestatæ usque ad rei judicatæ tempus, *L. Julianus*, 18. §. 1. *L. præterea*, 20. *D. de rei vind.*

XLII. Fructuum et partus restitutione cognita, quæ tertia pars fuit ex iis quatuor quas restitutione hujus judicii contineri diximus, restat hujus restitutionis pars postrema, in qua lucra per caussam rei petitæ extrinsecus obtingentia posuimus. Hæc quanvis multum distent a fructu, ut pote neque nata ex re, neque ex usu rei percepta: tame si obvenerint possessori, quia beneficio rei petitæ obtingunt, tanquam rei quidam fructus, veniunt in eandem restitutionem, quasi quæ etiam habiturus fuerit petitor re ab initio restituta. Ea lucra consistunt maxime in his rebus quatuor: in rebus rei petitæ delatis, quæ inde et ad possessorem pervenerunt; in actionibus per occassionem rei petitæ posssessori quæsitis; in fructibus et litis æstimatione, quam forte possessor ab alio possessore perceperit; in iis quæ pro re distracta aut ablata possessor accepit.

XLIII. Rebus rei petitæ delatis locus est in servo petito. Huic enim deferri potest hereditas, huic legari aut donari. Eam hereditatem idve legatum aut donatum si possessor servi tanquam dominus agnovit, atque ita res ad eum pervenerunt, etiam has res omnes restituere debebit, quanvis tunc delatæ essent, cum servum petitum post judicium acceptum possessor usucepisset, *L. præterea*, *D. de rei vindicat.* Et tamen constat hæc non esse in fructu: unde nec acquiruntur ista fructuario, si delata sint ei servo in quo ille usumfructum habet, *L. si servi*, 21. et *L.* seq. *D. de usufruct.*

XLIV. Actiones per occasionem rei petitæ acquiruntur possessori partim re ab eo usucapta, partim non usucapta. Re ab eo usucapta constat ei actionem in rem acquiri, ut pote domino jam usucapione facto, et cum hac etiam actionem ad exhibendum. Ut ergo cætera non debeat restituere possessor: tamen has actiones saltem cedere debebit desideranti petitori. Finge servum petitum qui, quia integræ opinionis erat, custodiri non debuit: cum inter moras litis (11) usucaptum postea a possessore fugisse. Ita non tenetur possessor servi hoc casu amissi nomine, ut tamen placeat eum suis istis actionibus petitori cedere debere, *L. si a bonæ* 21. *D. de rei vindic.* Sed et re usucapta, acquiritur possessori legis Aquiliæ actio, si damnum datum sit ab alio in re petita. Hæc enim nascitur ex damno dato, et domino soli competit, *L. item Mela*, §. *legis*, *D. ad leg. Aquil.* Hic autem solus possessor, qui usucepit, dominus est. Ideo placet et possessorem hanc actionem restituere cogendum, *L. Julianus*, 17. §. 1. vers. *usque adeo*, et in fin. *de rei vindicat.* Re non usucapta acquiri ex re petita hæ actiones possessori possunt; dejecto de fundo petito interdictum Unde vi: re petita interim locata, commodata, deposita, actio locati, commodati, depositi. Ut demus possessorem istarum rerum nomine non teneri; puta quia vi dejectus sit nulla sua mora aut culpa præcedente: quia res recte locata ad mercedes colligendas culpa conductoris perierit; res propter necessariam absentiam recte deposita perierit dolo depositarii: tamen relinquuntur possessori superiores actiones in personam adversus prædonem sine exceptione, adversus conductorem qui culpam præstat in re conducta, adversus depositarium qui dolum præstat in re deposita, *L. contractus*, *D. de regul. jur.* Proinde has saltem restituere debebit petitori, ut deberet actionem in rem de qua ante diximus, *argum. in d. L. si a bonæ*, 21. *D. de rei vindicat. L. quod si in diem*, §. *Julianus*, *L. illud*, §. *actiones*, *D. de heredit. petit.*

XLV. Fructus fructuumve et totius litis æstimationem ab alio possessore sic percipit possessor, si hic cum quo in rem actum erat, inter moras litis possessione excidat: deinde Publiciana agens, condemnato novo possessore, consequatur ab eo et rem et fructuum æstimationem: quæ sane re restituta non esset habiturus. Dicimus novum istum possessorem, si priore judicio vincatur, una cum re etiam hos fructus et totius litis æstimatio-

(11) Aliud si nondum usucepit. Quo minus enim petitor eam rem persequi potest *d. L.* 21. Ubi Cujac. 11. *Obs.* 39 Elb. Leonin. 1. *Emend.* 16. *n.* 7 *et* 8. ac Rod. Fornier. 1. *Rer. Quotid.* 30. pro *quominus* reponunt *cominus* quasi dicat statim sine cessione. Nulla necessitate. Quia, ceu concisa oratio et concitata defendi potest, addita nota interrogationis post voculam *potest*, ut idem Cujac. 21. *Pauli ad Edict. in d. L.* 21.

nem quam erit consecutus, restituere debere, quanvis proponas petitorem idem per se consequi non potuisse. Et hoc, quia omnis hæc obventio lucrum est quod fit ex re petita: quod lucrum penes possessorem victum manere non debet, *L. Julianus*, 17. §. 1. illic, *sed et fructus, D. de rei vind.*

XLVI. Pro re distracta possessor accipit, cum rem petitam distrahit, et pretium accipit ab emptore. Prout expediet petitori id pretium petere, ita id desiderante eo possessor restituere cogetur. Expedit autem petitori id potius habere, cum aut possessor rem ex necessitate distraxit, ut jam rei nomine non teneatur, aut rem pluris vendidit quam valebat. Ideo priore casu, possessore rei nomine liberato, saltem pretium quod is habet restituere debebit, *L. item si*, 15. §. 1. *D. de rei vindicat.* posteriore restituere eum oportet rem seu ejus veram æstimationem, et quod ex venditione rei amplius lucratus est, *L si et rem*, in fin. *D. de hered. pet.* Pro re ablata accipit, veluti, si ager qui petitus est, publica auctoritate militibus assignatus sit, modico honoris gratia possessori dato. Id quod in bellis civilibus apud Romanos non raro factum esse didicimus: cum (12) ager aliquis totus auferebatur possessoribus, et assignabatur militibus victoris pro præmio, inter quos et dividebatur pro liberalitate concedentis. Factum certe esse constat a Cæsare victore in agro Cremonensi et Mantuano, in quo cum et ager esset Virgilii, quem deinde beneficio Cæsaris recepisset, ei Virgilius postea eo nomine gratias egit ecloga prima. Sic autem fiebat hæc assignatio interdum, ut pro ablato modicum aliquid honoris caussa daretur possessori: ut quidquid hic ablatum esset, publicæ commoditatis caussa potius, quam in odium aut pœnam possessoris factum videretur. Placet ergo si quid tale in fundo petito contigerit, etiam hoc quidquid est honoris possessorem victum restituere debere, quanvis rei nomine non teneatur, *d. L. item si*, §. 1. *de rei vindic.*

(12) *L.* 11. *pr. de evict.* vid. P. Fab. 2. *Semestr.* 4. *pag.* 48. *et seq.* Cujac. 2. *Obs.* 9. Pinel. *in Rub. Cod. de resc. vend. P.* 1. *Cap.* 11. *n.* 15. ibique Euan. Soarez. Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 1. *n.* 7. Fachin. 8. *Contr.* 63. *et supra Lib.* 4. *Cap.* 27. *n.* 9. N. 6. Confer Langlæ. 6. *Semestr.* 2. *pag.* 279.

## CAP. VI.

**Officium judicis quod sit in hac actione ad eas res præstandas petitori, quas hujus judicii petitio et restitutio exigit.**

*Officium judicis in sententia consistere. De hac duo quæri et statui oportere.* I.
1. *Sententiam ferri oportere cum de re petita, tum de ejus fructibus et commodis etiam absoluto possessore. Quæ talis sententiæ utilitas.* II.
*Contraria removentur.* III.
*Item condemnari oportere possessorem a judice fructuum nomine, etiam cum hic de re principali falso judicavit.* IV.
2. *Sententiam talem esse debere, ut pronuntiet rem esse petitoris.* V.
*Et restitutionem extantis rei injungat arbitrio suo, possessori. Arbitrium hoc quale et quid valeat.* VI.
*Re autem non exstante, faciat totius litis æstimationem. Qualis æstimatio, et quotuplex.* VII. X.
*Si non pareatur arbitrio, militarem manum jure adhiberi a judice.* VIII.
*Qui dolo facit quominus restituat; tanti damnandus, si actor velit, quantum hic in litem juraverit etsi in infinitum.* IX. VII.
*Res ubi restituendas quo ex juris loco docemur.* XI.
*Quatenus superiorum temperanda restitutio.* XII.

I Atque hæc sunt quæ caussæ verbo contineri et in restitutionem hujus judicii venire diximus. Quæ cum restituenda sint petitori, superest ut, quemadmodum illa petit, ita etiam pro potestate judicii consequatur. Consequitur autem officio judicis. *L. officium*; *L. item sit*, §. 1. *de rei vind.* Id officium positum est in judicis sententia de his rebus præstandis, et exsecutione judicio conveniente. De sententia judicis in hac actione duo quæruntur. Primum an judex de omnibus rebus quas supra restitui debere diximus, sententiam ferre debeat, an vero liberum sit ei aliquando de aliquibus sententiam et condemnationem omittere. Deinde quibuscunque de rebus sententiam ferre debebit, qualem eam sententiam et quo exitu esse oporteat.

II. An de omnibus præstationibus superioribus pronuntiare necesse habeat judex, duobus temporibus dubitari solet; quorum in utroque nonnulla caussa incidit, quæ hanc necessitatem judici remittere, aut etiam facultatem de omnibus pronuntiandi illi adimere possit videri: quas dubitationes hoc loco removeri oportet. Unum tempus est, cum res petita sine dolo malo et culpa possessoris periit. Nam hoc casu possessorem rei nomine liberari placet, *L. utique*, *L. si a bonæ*, *D. de rei vind.* Quæritur igitur, possessore de re principali ita liberato, an debat judex de fructibus et reliquis commodis rei petitæ sententiam ferre et possessorem condemnare, quasi re principali sublata, non sit his accessionibus locus. Et Paulus indicat in *d. L. utique*, judicem hoc casu non solum de fructibus et reliquis accessionibus sententiam ferre debere, sed etiam de re ipsa petita quæ periit. Quæret ergo aliquis, quam hic sententiam ferat judex pro petitore, cum dicamus possessorem debere absolvi. Et erit hæc sententia. Pronuntiabit judex rem petitam quæ periit, tum cum petita est petitoris fuisse, quæ prima pars est sententiæ in hoc genere judicii receptæ, ut mox dicetur. Verum addet, quia res sine mora et culpa possessoris perierit, se possessorem absolvere ejus rei præstatione. At istam sententiam excipit alia dubitatio. Nam possessor rei nomine absolvitur, ut non cogatur eam restituere: an non sententia superior est inutilis tum petitori, tum possessori? quod si est inutilis, cur eam exigimus? Respondet Paulus in *d. L. utique*, non modo hoc casu superiorem sententiam inutilem non esse, sed etiam esse necessariam. Quas ergo ad res? propter fructus, inquit, et partus, et stipulationem de evictione. Quibus verbis significat eam sententiam necessariam esse cum petitori, tum possessori ipsi. Necessaria est petitori propter fructus et reliquas accessiones; scilicet ut de his petitori restituendis recte possit judex pronuntiare: quod nisi præcedente superiore sententia facere non potest. Cum enim fructus et partus eum dominum sequantur qui et rei unde hæc nata sunt dominus est, *L. qui scit*, §. 1. *D. de usur.* non possunt recte juberi hæc petitori restitui, nisi prius constiterit rem principalem quæ petita erat, ejus fuis-

se. Necessaria est eadem sententia possessori propter stipulationem de evictione, quia si forte possessor rem petitam bona fide emerit, et velit sibi evictionem præstari a venditore, non aliter id consequi potest neque actione ex empto; neque actione ex stipulatione ob evictionem interposita, quam si res res evicta sit judicio, *L. non solum, D. de evict. L. atqui*, *§. cum me*, *D. de neg. gest.* Neque aliter isto modo evincitur, quam si declaratum sit sententia judicis rem alienam aut pignori obligatam fuisse, *L. si fundum, C. de evict.* Hac sententia interposita de re principali, quamvis possessor de re restituenda absolvatur, tamen (1) de fructibus et reliquis accessionibus quæ amissionem rei antecesserunt, condemnari debet, *d. L. utique, de rei vindic.* Quippe hæc aut pervenerunt ad possessorem et in rem ejus versa sunt, aut culpa ejus factum est quominus vel ad eum vel ad petitorem pervenirent: semper autem culpæ nomine possessor condemnatur, *L. qui petitorio*, *§. 1. D. eod.*

III. Videndum tamen ne huic sententiæ ratio juris adversetur. Nam primum ita est regula juris, cum principalis caussa non consistit, nec ea quæ sequuntur locum habere, *L. cum principalis, D. de reg. jur.* Et in eamdem sententiam; cum principales res peremptæ fuerint, etiam ea quæ accessionum locum obtinent exstingui, *L. 2. D. de pecu.* Atqui in proposito res petita quæ periit, est res et caussa principalis, ut pote quæ per se sola in judicio consistere potuerit: hujus autem sequela et accessio sunt fructus, quippe qui rem a qua sunt sequuntur, et sine ea esse non potuerunt. Quare cum res principalis amissa est, si fatemur liberatum esse ea præstatione possessorem et ita sublatam ejus rei condemnationem, an non consequens est superiori regulæ, deinceps nec condemnationi fructuum reliquarumve accessionum locum esse? Sane vero consequens, idque ita esse assentior: dum hoc intelligatur quod regula exigit, ut ne sit accessionibus locus per id tempus quo res non consistit; regulam autem nihil impedire quominus quamdiu res constitit, etiam ejus temporis accessiones æstimentur. Id vero in ista fructuum condemnatione ita faciendum esse intelligimus. Postquam enim res petita ita periit amissave est, ut possessor sit absolvendus; fatemur ut res principalis, ejusve condemnatio exinde sublata est, ita nec pro eo tempore unquam fructus æstimari, ut in hos possessor condemnetur. Solum eos æstimandos, et in hos possessorem sententia judicis condemnari dicimus, qui percepti sunt aut percipi potuerunt per id tempus quo res petita exstabat: idque ita traditur in *L. si a bonæ*, 21. *D. de rei vind.* Quorum prius cum respondeat plane regulæ convenienter; posterius etiam regula efficiatur, apparet nihil hic dici a nobis, non modo quod adversetur ei regulæ, sed etiam quod non optime cum ea congruat in utrumque tempus, et quo res constitit et quo esse desiit. Est præterea in *L. 4. C. dep.* quod quis existimet eum locum isti condemnationi fructuum adversari, quæ liberato de re principali reo nunc a nobis admittitur. Illic enim traditur jure, actione principali sublata, tolli etiam petitionem et condemnationem de accessionibus, veluti usuris. Sed nihil hoc adversus istam condemnationem quam dicimus. Re enim judicio semel petita, sic constituitur litis contestatione actio in rem de re petita omnibus præstationibus in judicium deductis, ut quanvis ea res perierit postea, duret tamen actio ad extremum de eadem re: ejusque rei certissimum argumentum est, quod judex etiam de ea re pronuntiare debeat eam petitoris esse, ut modo diximus. Quod certe non fieret, nisi et de eo superesset actio petitiove quæ hanc sententiam exigeret.

IV. Alterum tempus est, cum dubitetur an judex de fructibus reliquisque accessionibus sententiam ferre et possessorem condemnare debeat: est id quidem quo res petita adhuc exstat, de qua et judex pronuntiaverit eam restitui debere, sed errore falsus ita pronuntiavit. Quæritur igitur, si forte cum res et caussa non restitueretur, fructus æstimandi essent, et possessor in eam æstimationem condemnandus, si interim judex cognoverit se per errorem declarasse rem esse petitoris, an possit omittere fructuum et reliquarum accessionum condemnationem, ne injuriam faciat et priorem errorem novo errore cumulet. Et placet eum qui semel rem petitoris esse pronuntiavit et restitui jussit, nullo errore suo jovari, quanvis re non restituta, etiam de fructibus condemnationem adjicere debeat et in eorum æstimationem possessorem condemnare. Idque ita faciendum esse disserit Paulus in *L. et ex diverso*, *§. 1. D. de rei vind.* his

(1) Recte, et convenit Cujac. 21. *Pauli ad Edict. in d. L.* 16. Licet Menoch. *Recup. poss. Rem.* 15. *n.* 521. eam legem intelligat, ratione moræ commissæ, ut cognoscatur, an præcedente mora res peremta sit, nec ne.

argumentis duobus. Primum quod qui de re condemnavit possessorem, vi ipsa jam ab initio condemnavit simul de fructibus. Deinde quia, victo possessore, absurdum est fructus aut quidquam ex re petita victi lucro cedere. Quod ait, judicem qui de re possessorem condemnavit, condemnasse etiam eodem errore de fructibus, probat ex verbis sententiæ. Nam primum judex declarat rem petitoris esse. Hoc qui dicit, ut nihil aliud adjiciat, satis dicit et fructus esse petitoris: quoniam fructus jure soli, non jure seminis percipiuntur; ut is dominus sit fructuum qui et dominus est rei petitæ ex qua fructus nascuntur. Præterea condemnans possessorem judex, eadem sententia jubet rem restituere. Jubet ergo restituere et (2) fructus, quia restituendi verbo et res et omnis caussa, eoque et fructus continetur. *L. restituere, D. de verb. oblig.* Quod si de re possessorem condemnans judex, condemnavit etiam ab initio de fructibus, recte colligit Paulus, si re non restituta ventum erit ad pleniorem condemnationem fructuum, non posse judicem caussari ullum errorem prioris sententiæ quominus debeat possessorem in æstimationem eorum condemnare: idque hac ratione quæ aliunde sumitur et in hoc syllogismo propositionis locum obtinet, quod placet judicem, posteaquam sententiam dixit, hactenus judicem esse desinere nec posse amplius corrigere sententiam suam, *L. judex posteaquam, D. de re jud.* Quod ait, victo possessore, non debere fructus lucro ejus cedere: probat cum ex conditione victi, quem quidem absurdum est ex ea caussa in qua victus sit quidquam commodi capere: tum hoc argumento, quod non debeat possessor victus habere quod non haberet, si statim rem restituisset. Hic enim restitutio omnis refertur ad id tempus quo lis contestata est: scilicet ut ejus temporis caussa repræsentetur, ut est in *L. quæsitum*, 91. *§. ult. D. de lega.* 1. id est, ut hoc idem explicatius dicitur, ut tantum restituatur quantum habiturus esset petitor, si eo tempore res restituta esset, quasi jam tum esset restituta, *L. præterea, D. de rei vindic.* Quod si factum esset, possessor nihil haberet eorum fructuum qui postea capti essent. Quare jussus rem restituere, ne nunc quidem eos fructus retinere debebit.

V. Postquam tenemus, ubi sententia judicis intervenire debeat de præstatione earum rerum quas hoc judicio restitui debere diximus, debere autem eum ferre simul de his rebus omnibus, nec quominus id faciat, aut interitu rei petitæ et ejus liberatione, aut ullo errore suo impediri, vel excusari: quod sequitur, videamus, ubicunque hæc sententia ferenda erit, qualem eam esse oporteat. Et sententia judicis in hac actione intentionem actoris et petitionem sequitur: quod et similiter servatur in cæteris omnibus, *L. ultim. D. de fid. lib.* At hic intentione et petitione sua (3) duo complectitur. Nam primum se dominum rei petitæ esse contendit: in quo est ejus petitionis caussa: deinde, quod jus ex hac caussa nascitur, petit ut sibi restituatur res sua cum omni caussa damni dati. Huic tum intentioni tum petitioni respondet et subservit sententia judicis. Ideo habet et ipsa duas partes, ad eam rem accommodatas, (4) declarationum

(2) Recte. Et hoc de fructibus lite pendente perceptis, de quibus Paulum loqui, rationes ejus convincunt. Quin imo ante perceptos nominatim peti debere, nec non petitos officio judicis æstimari, omissaque fructuum petitione, nec posse Judicem in eos condemnare DD. contendunt, quos refert Gœd. *ad L. 22. de V. S. n.* 15. illisque accedit Cujac. *in Paulo ad d. L.* 35. Wes *Cons.* 99. *n.* 13. *et n.* 18. Obrecht. *de concip. libell. Cap.* 16. *n.* 20. quia præteriti temporis ratio non pertineat ad officium judicis *L.* 25. §. 9. *de ædil. ed.* Sed iis, post Myns. 4. *Obs.* 55. occurrit Gœd. *d. loc. n.* 17. et *seq.* vid. et Wes. *ad h. t. C. n.* 70. *et seq.* Gilman. *Libr.* 2. *Decis. Cam.* 27. *n.* 84. *et seqq.* Confer. Tessaur. *Decis.* 135. Luduv. a Peguera *Decis.* 178.

(3) Ut dat lex caussa petitori proponenda: dominium et possessio, ita et duplex petitio ac conclusio. Ex illa pronunciari rem suam esse: ex ista eandem restitui. Quæ propria hujus actionis sit, lex conclusio, ut omnes uno ore, teste Wes. *ad h. tit. Cod. n.* 31. *et Cons.* 13. *n.* 10. Sustinetur tamen libellus qui non petit declarari dominum, sed simpliciter, rem possessam restitui, Meichsner. *Lib.* 1. *Decis. Camer.* 40. *n.* 17. Wult. *Cons. Marp.* 20. *n.* 5. *Vol.* 3. Joan. Bapt. Asin. *de Execut.* §. 3. *Cap.* 223. *n.* 2. P. Frider. *Lib.* 3. *de Continent. caussar. Cap.* 23. *n.* 18. et Wes. *d. n.* 31. Nam etsi Jason id controvertat, quod petitio restitutionis, possessorio communis sit; differentia tamen quod illi possessio, hic autem res restitui postulatur, Wesen. *Cons.* 21. *n.* 15. Et qui rem restitui expresse petit, tacite quoque ec in consequentiam se dominum declarari, per regulam, Qui vult consequens, etc. Asin. *d. loc.* sed hoc ita, si dominium in narratione deductum, alias libellus ceu ambiguus rejicitur, Wes. *d. n.* 31. *et Cons.* 21. *n.* 3. *ac* 4.

(4) Non vero adjudicationem, etsi ita vocet Ant. Fab. 16. *Conject.* 17. *et* 18. *Err. Pragm.* 5. Neque enim sententia hac dominium acquiritur, sed antea acquisitum declaratur. Nec novi quid illa inducit, sed quod

dominii controversi, et possessoris condemnationem superiori petitioni congruentem. Declaratio dominii est, qua judex ante omnia pronuntiat rem quæ petita est, esse petitoris. Pars sententiæ prima non in hac actione tantum, sed in omnibus in rem actionibus, qua fit, ut judex statim ab initio declaret sententia sua jus petitoris tale esse quale intendit, *L. et ex diverso*, §. 1. *D. de rei vindic. L. sicut*, §. *sed si quæritur*, *D. si ser. vind.* Quam pronuntiationem ideo præcedere oportet, quia ita jam ab initio statuitur id jus quod postulatæ restitutioni et sequenti condemnationi locum facit.

VI. Huic ergo declarationi adjicit judex condemnationem quæ non est unius generis. Alia est enim cum res petita exstat; alia cum non exstat. Re petita exstante, habet hæc condemnatio res duas temporibus distinctas; jussum judicis de re intra certum tempus restituenda; et si ei jussui non pareatur, ejus ipsius jussus tuitionem ac velut executionem nova sententia constitutam. Primum post declarationem superioris juris arbitratur judex rem restitui, ut est in *L. et ex diverso*, §. 1. *D. de rei vindic.* id est, jubet possessorem rem restituere, ut aliis verbis hoc idem exprimit Ulpianus in *L. qui restituere*, *D. eod.* Proprie hoc quidem et pro potestate judicis. Sed tamen hoc jubens judex recte dicitur arbitrari ut id fiat, quia pro (5) arbitrio et æstimatione viri boni et quodammodo amici id jubet, possessori consulens, quo re non restituta graviorem sententiam evitet. Inde et hic jussus dicitur arbitrium judicis, *L. arbitrio*, *D. de dol. L. item si cum*, §. *pro eo*, *D. quod metus caus.* et quæ actiones hunc jussum habent, dicuntur ex arbitrio judicis pendere, atque hinc etiam arbitrariæ, §. *præterea*. *Instit. de act.* Hoc jussu continetur, ut possessor una cum re reliquam caussam omnem restituat, id est ea omnia quæ supra cum re restituenda esse diximus, *d. L. restituere*, *D. de verb. signif.* Quod si possessor præstat in omnibus superioris restitutionis partibus, arbitrio parens, tum hic cessat alia condemnatio: atque adeo possessor absolvitur, ut qui arbitrio judicis satisfecerit. Cujus satisfactionis et absolutionis habita ratione, (6) dictum est olim vulgo omnia judicia absolutoria esse, §. *ult. Inst. de perp. et tempor. act.* Nisi paret possessor, tum sequitur condemnatio plena, hujus jussus tuitionem et velut executionem continens, ut appareat vere hanc actionem esse arbitrariam: cujus videlicet absolutio aut condemnatio summa ex hoc arbitrio judicis pendeat, ut est arbitrariarum descriptio in §. *præterea*, *Inst. de act.* Ex hoc arbitrio, id est ex eo quod huic arbitrio paretur aut non paretur: hinc condemnatio, illinc absolutio. Hæc condemnatio et executio, re petita exstante, ita est ut est contumacia et dolus, aut culpa tantum non restituentis rei cum quo agitur. Nam aut reus rem apud se habet quam contumaciter non restituit, aut non habet, quia desiit possidere. Si habet, renovat judex eamdem condemnationem de re restituenda; sed hac lege, ut nisi possessor statim restituat, transferatur ab eo possessio manu, et quidem si opus est, manu militari: quod reliquum est fructuum et reliquarum omnium accessionum quæ aut non exstant aut non apparent, fit condemnatio sine alia translatione; condemnatio autem in earum rerum æstimationem: quæ æstimatio qualis esse debeat, mox in commune de totius litis æstimatione dicetur.

VII. Quod si reus rem non habet, quam ob caussam non potest restituere: tum condemnatur in totius litis æstimationem. Quod ita recte fit, dum scilicet et res petita, et fructus, et cætera lucra quæ restitui debere diximus, certa summa æstimantur in quam condemnatur reus: ut sic fiat certa sententia, quæ aliter non valet, *L. in sententiis*, *D. de re jud. tit. C. de sen. quæ sine cer. quan. prof.* Sed prius res ipsa certa summa æstimari oportet. In quo non eadem adversus omnes res servatur æstimatio: sed hæc pro conditione reorum duplex est: alias quanta actori jurata est, alias vera. Idque ita se habet. Nam si possessor dolo fecit quomi-

est demonstrat *L.* 78. §. 4. *si ser. vind.* Cujac. 21. *Pauli ad Edict. in d. L.* 35. §. 1. Wes. *in hoc tit. Cod. n.* 58. *ac in Supplem. in Saudo n. ad* §. *ult. I. de off. judic. n.* 43. Vult. *ad* §. 1. *I. de act. n.* 60. Gifan. *ad L.* 40. §. 2. *de Procur. n.* 26. Casp. Schifordegher. *Lib.* 2. *ad* Ant. Fab. *Tract.* 21. *Q.* 1. Gilken. *de Præscript. P.* 2. *Memb.* 1. *Cap.* 21. *n.* 2.

(5) Vid. *infra Lib.* 26. *C.* 5. *N.* 2.

(6) Recte et ita Obrecht. *Disp.* 12. C. 9. *n.* 411. Etsi Baro *in L.* 73. *de Procur.* id ita accipiat, non quod judex, si post litem contestatam solutum sit, semper debeat absolvere, sed quod ei permissum sit ut ex ejus officio pendeat quod possit absolvere, vel condemnare, Alciat 7 *Parerg.* 12. scribit proverbialiter hoc dictum posse eo trahi, quod pœnitenti sit parcendum, etsi res non omnino integra. Aliter Marcil. *in Legis* 12. *tab. Collect. et interpr.* C. 8.

nus possideret, damnatur quantum actor in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, et vero ita damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit quominus posset, (7) damnatur tantum in veram æstimationem. Has partes sententiæ docendi

(7) Recte. Vetat quoque *d. L.* 1. ordinariam in litum æstimationem converti ad usum privatum, vid. *l. ult. C. eod. Nov.* 116. Non autem executionem quæ per ministros et apparitores seu viatores magistratuum fit, qui instar militum, gladio, et vi exsequuntur, Oldend. *in Miscell. post Progymnasm. act. pag.* 1258 Vetat, inquam, non omnem executionem militarem, sed militarium judicum, de qua *d. L.* 1. accipienda tum ex titulo sub quo posita, tum ex *l.* 8. *C. de off. rect. prov.* Manus enim militaris duplex. Non castrensis, quo refertur manus apparitorum et stipatorum ac viatorum magistratuum, qui et officiales per quos decreta executioni mandantur *L. ult. §. ult. Quod met. ca. L. ult. de judic. L.* 50. *de evict.* et *LL. similib.* citatis a Justo Meyero *Eudox. Justin. Decad.* 3. *Cap.* 4. *n.* 6. Manum Prætoris vocat Cic. 2. *Verrina* prætoriam potestatem, Ulp. *in L.* 1. *§.* 2. *Si ventr. nom. mul.* Scip. Gentil. 1. *de Jurisd.* 17. 2. Castrensis de qua *d. L.* 2. *C. de off. mil. judic. d. L. ult. C. de his qui latrun. L.* 8. *C. de off. rect. provinc.* Quomodo et executionem militarem *in L.* 5. *C. de jurisd.* accipit Vult. *ibidem n.* 12. Quanquam et ibi executio militaris licita alias exaudiri possit, sed prohibita ibi in vetito examine seu jurisdictione incompetenti. Plane ordinaria executio per ministros magistratus fit sine vi, *L.* 5. *§.* 25. *Ut in poss. leg.* cum videlicet victus non resistit inducenti victorem in possessionem. Et quandoque arbitri dantur ad exsequendum, vel judices qui de judicato cognoscant, *L.* 75 *de judic. L.* 15. *§.* 6. 7. *et* 8. *de re jud.* Ast quando hoc modo res expediri non potest, ut et mandata aut edicta ac decreta *d. L.* 75. extra ordinem jure suæ potestatis exsequi oportet magistratus, etiam per manum militarem, *L.* 3. *pr. Ne vis fiat ei qui in poss. d. L.* 5. *§.* 27. *Ut in poss. leg. d. L. ult. §. ult. Quod met. ca. d. L. ult. de judic.* Briss. 4. *Antiq.* 2. Sc. Gent. *d. C.* 17. qui usum hunc coercitionis incivilem vocat, per *d. L. ult. §. ult. L.* 1. *§.* 2. *Si ventr. nom. mul.* ast non semper injustum, verum cum patente adversario fit sine causæ cognitione, ut *in d. §. ult.* Itemque cum aliud civile et ordinarium remedium adest, *d. L.* 1. *§.* 2. Quæ lex nihil obstitit aut dictæ *L.* 3. aut *d. L.* 68. nostræ, quia loquitur de eo qui dolo venit in possessionem, sed nondum restitit decreto prætoris, Pac 7. Q. 13 Quin ubi interdicto postmodum victus non paret, tunc prætoria potestate opus est, *d. L.* 3. Facessant jam argutiolæ patris nostri novaturis 16. *Conject.* 17. *et* 18 *Erg. Prag.* 5. vim semper exigam, alienam a publica honestate legumque auctoritate, proinde nec in executione adhibendam exclamantis, per *d. L.* 1. *§.* 2. *Si mul. ventr.* Nam imo quæ res in privato vis est, non est in magistratu officium suum exsequente, Gœd. *de Contr. stip. C.* 9. *n.* 61. Neque hæc justa vi, jurisque ministra *supra Lib.* 15. *t.* 4. *n.* 3. ulli fit injuria, quia ea vim privatam rei injuste reluctantis convellit, Just. Meyer. *Eudox. Justin. Decade* 3. *C.* 4. *n.* 6. Nam et *civiles res, nisi admissum habeat robur militum, infra mediocritatem auctoritatis carebit*, ut est in *Nov.* 26. *C.* 1. *in fin.* Enimvero executionem militarem ac violentam subsidiariam, præter adductas LL. aliæ plures comprobant. Sic dominus depellendus de possessione damni infecti cavere nolens *L.* 15. *§.* 27. *de dam. inf.* et tradere compellitur *L.* 10. *de interr. in jure fac.* Et auferri dicitur res a victo *l.* 21. *§.* 2. *in fi. de evict.* ac qui obtinuit, in possessionem induci *l.* 5. *§.* 1. *cir. med. Ut L. seu fid. serv. ca.* transferri possessio per judicem *L. ult. h. t.* Denique et *d. L.* 1. *§.* 2 valide contra Fabrum retorquetur. Neque enim absolute ibi negatur manus ministrorum, sed in eo casu, causa nec dum disceptata, ex interdicto. Quin imo diserte ibi hæc prætoria potestas dicitur, quæ nec frustranea sit oportet. Verum expendamus quoque quibus aliis novator ille moveatur, ut *d. l.* 68. quam totam, nec verbulo dempto, Triboniano adsignat, ceu juris rationi adversam insectetur. Et quidem quæ contra alia membra ejusdem infert, alio suoque loco, si operæ videbitur, excutiemus. Hic quæ reliqua sunt hujus loci. Quid absurdius aut incivilius est, exclamat ille, quam executionem fieri priusquam perveniatur ad condemnationem, manum militarem adhibere in eum qui nondum judicatus est *l.* 1. *C. de Exec.*? Atqui jussus ille de restituendo non est condemnatio, sed arbitrium. Nam cum, sententia dicta, judicis officium quiescat, consequitur nec adjudicationem qua dominus declaratur actor, neque arbitrium neque sententiam esse, cum et nec condemnationem nec absolutionem contineat. Res, imo et declaratio domini et jussus, veræ sententiæ partes sunt, ut hic Donellus noster: et utroque modo res vere judicatur, ut abunde probant LL. quas profert Meyer. *d. Decade* 3. *C.* 4., ac nos aliquando in tractatu de bona et mala fide etc. accuratius ex ponemus. Verum ergo, non sit sententia, vel mera interlocutio, decretum, præceptum, vel quocunque modo appellet. Nunquid non quævis decreta ad effectum perduci interest *l.* 75 *de judic.*? Nunquid non et interlocutiones judicis (ex. gr. instrumenta edi, testes produci jubentis) præcisam parendi necessitatem habent? Quid, quod et ubi reo se possidere neganti et convicto possessio aufertur *L. ult. h. t.* nulla principalis sententia præcedit, quippe cum lis dominii eo ipso non finiatur, vid. *supra C.* 3. *N.* 1. *sub fin.* Et jussus sane dicitur hoc arbitrium, quod proinde ex vi verbi et natura relationis auctoritatem cogendi continet. Pergit Faber: Eo ipso quod Tribonianus subjicit fructuum duntaxat etc. nomine condemnationem fieri,

**caussa a nobis distincte notatas breviter complexus est Ulpianus in *L. qui restituere*, *D. de rei vind.***

priora sua tradita convellit. Nam post sententiam definitivam essecutioni mandatam, judex de fructibus pronunciare nequit, *l.* 3. *C. de fruct. et lit. expens.* Resp. Sane Marc. Licklama *ad L. vinum* 11. *de reb. cred.* hinc, ut apparet, motus *d. L.* 68. explicandam ex *L. ult. h. t.* censet, quasi is qui contendit se non posse restituere, *d. L.* 68. perinde faciat ac qui se possidere negat, *d. L. ul.* proinde eadem utriusque pœna, translatio possessionis. Sed errat 1.° quia in *d. l. ult.* illa translatio ei qui rem suam esse non adprobavit, fit salvo proprietatis jure, nec ea finitur lis dominii, sed conventus ipse postea actoris vice fungi potest, ut *supra C.* 3. *d. N.* 17. *sub. fin.* Ast in *d. L.* 68. jussus ac arbitrium de restituendo sequitur (ordine naturæ,) vel conjunctum est declarationi dominii *L.* 35. §. 1. *h. t.* 2. In. *d. L. ult.* nulla fructuum condemnationis mentio. Quin si eos expetat cui possessio restituta est, rem suam esse ut adprobet ac tantisper adversario possessionem relinquat oportet, ut *d. N.* 17. vel saltem, quod consultius erit, speciali actione fructus eorsim vindicet. Neque enim ei petitioni obstat *d. L.* 3. *C. de fruct.* cum eo modo terminatum transactumque negocium non sit. Quare ita occurrendum est Fabro. Post sententiæ exsecutionem, lis de fructibus non superest, scilicet post plenam totius sententiæ omniumque ejus partium, post absolutum et dimissum judicium, ut loquitur *d. l.* 3. Translatione autem fundi non exsequitur judex totam sententiam. Nam illa, non rei modo, sed et fructuum restitutio continetur, ut Donellus *h. C. n.* 4. et firmatur §. 2. *I. de off. judic. L.* 17. *C. h. t.* Fructuum autem nomine duntaxat dicitur condemnatio fieri, scilicet in æstimationem, quamdo restitui i, si non possunt. Noli hinc inferre ideo rei principalis condemnationem non fieri. Neque enim dicitur *duntaxat ad fructus*, sed *fructuum nomine* condemnatio; in aliam rem scilicet, nempe eorum valorem ac pretium, cum contra non rei principalis *nomine* sit condemnatio, sed in ipsam rem. Taceo quod *d. L.* 3. nihil de fructibus disponit, sed de sumptibus et impendiis litis, quorum in multis dispar atque fructuum ratio. Postremo obstrepit Faber: Posita manu militari, usum jurisjurandi in litem tolli, nec relinqui id nisi uno casu quo dolo possidere desiit reus eo quod non nisi ex necessitate juris *L. ult. de in lit. jur.* proinde ei locus nullus, ubi alia certiori ratione consulitur victori. Atqui, ait, absurde deteriori loco ponitur ille qui restituere nequit, quam ille qui adhuc retinet rem et dolo restituere detrectat. Quin, nec aliam ob causam contra istum juratur, quam quia pro possessore habetur. Denique caussa inducendi jurisjurandi in litem, ne liceat rem alienam invito domino retinere, *L.* 25. §. 1. *Sol. matr.* ei potissimum cui copia est restituendæ rei, convenit. Resp. Sed prioribus

**VIII. In quibus tria præcipue animadvertenda sunt. Unum, quod dicit de manu militari: alterum, quod dicit reum qui dolo**

satis occurretur *infra suo loco Lib.* 26. *C.* 9. Quis autem secus sit *d. L. ult.* vid. *d. Lib.* 26. *C.* 12. Non deteriori loco esset, qui dolo desiit possidere, si alio modo tunc pleoe posset victori consuli. In *d. L.* 25. §. 1. autem allegata ratio aperte accommodatur ei qui possessionem dolo amisit. Nec ideo contra hunc juratur quia pro possessore, sed quia hæc justa doli coercitio. Quod si vero, eo quoque casu quo possideat reus, actorem necessitati jurandi subjicit, eo ipso per contumaciam rei is oneraretur, dum ancipitis perjurii periculum subiret. Ac sæpiuscule, qui ad jurandum timidiores et religiosiores, ejus vitandi timore rem minoris justo æstimantes, jacturam cum injusti possessoris commodo facerent. Ut vel hinc appareat aperta iniquitas novæ Fabri opinionis, qua posita, cuivis improbissimo prædatori ansa præbetur eos quos perquam timidos noque ad superstitionem juxta *L.* 8. *pr. de cond. inst.* noverit, rebus suis exuendi, postea judicio repetentibus duram jurandi conditionem imponendo. Facessant hic et ubique ejusmodi legum nostrarum cavillationes ac innovationes quæ non ad juris rationem reducunt, sed ab ea abducunt illamque pervertunt pernitissime. Age enim tu qui nullum omnino locum esse coactioni violentæ in exsequendo judicato prave detorta *L.* 1. *C. de off. mil. jud.* contendis, dic, sodes, quam ulli sententiæ parendi necessitatem relinquis? Condemnabitur, inquis, reus in æstimationem, quanti in litem juratur. Quid si eam præstare nolit? Capientur, dices, pignora, indicetur mulcta. Quid si nec hanc persolvat, illa capi impediat vel prohibeat? Necesse erit tandem ad vim venire, manumve militarem, sine quo, res etiam civilis auctoritate carebit *Novell.* 26. *Cap.* 1. Fateor, raro et non nisi re urgente, fieri hanc militarem essecutionem debere *L. ult. de judic.* Monendus enim prius victus ut obtemperet, quam cogendus, maxime si potentior, aliave incommoda metuantur, *L.* 13. §. 3. *de Usufr.* Et plerique sane parere malunt sententiæ, quam vim experiri; eam tamen vim si non formidarentur, nec plerique parerent. Nimis, quam id verum esse, experiuntur multi qui cum in augusta Augustæ Nemetum Curia caussas suas egerunt et peregerunt, post tanta temporum spatia totque impendia litis, tandem victores fructu sententiæ, cui victi sæpe impune (qui seculi hujus abusus!) non parent, destituuntur. Sed piget de his plura. Objiciunt alii: Obligatio faciendi non est præcisa, sed interusurii præstatio liberat. Resp. Oldend. *supra d. loc.* Obligatio scilicet quæ ex conventionibus, non quæ ex præcepto judicis vel legis. Nam quæ ad juris exsecutionem spectant nihil commune habent cum iis quæ ad constituendam obligationem, Gœd. *d. C.* 9. *n.* 60 Ceterum officium judicis in *d. L.* 68. recte exposuit Baro *de juri. d. f.* 14. ordinarii scili-

desiit possidere, quantum adversarius in litem juraverit, damnandum esse: tertium, quod dicit de jurejurando in litem sine ulla taxatione servando. Ait manu militari possessionem transferri ab eo, qui restituere jussus contumaciter detrectat. Oppununtur isti exsecutioni posteriorum Imperatorum constitutiones duæ, quibus exsecutio militaris penitus prohiberi videtur. Prohibetur, *L.* 1. *C. de off. milit. jud.* his verbis, *nunquam omnino in negotiis privatorum vel tuitio militaris, vel exsecutio tribuatur.* Dicendum est hæc (8) verba ad exsecutionem sententiæ quæ fit a magistratu non pertinere. Tunc enim a tribunis et præfectis militum tribuitur exsecutio militaris in negotiis privatorum cum postulantibus privatis ipsorum gratia tribuitur. Cum autem agitur de exsecutione sententiæ, magistratus, ad quam exsequendam magistratus manu militari indiget forte adversus possessorem potentem, si hic ista exsecutio tribuitur, non tribuitur in negotio privati, sed publico. Nam ut rebus judicatis stetur pro imperio magistratus, non privatim sed publice interest, ut est in *L. servo.* 65. §. *cum prætor. D. ad Treb.* id est, in eo non privata sed publica utilitas versatur. Obstare etiam putatur *L. ult. C. de his qui latr. vel al. crimin. reos occult.* Illic in §. 1. illis verbis; *non ignaro judice* districte interdicitur ne magistratus ad ullorum hominum investigationem, præterquam latronum et aliorum nocentium militare auxilium adhibeat. Sed res loquitur, longe aliud esse militare auxilium adhibere ad hominum non nocentium investigationem, aliud adhibere ad sententiæ latæ quæ publice tuenda sit, exsecutionem. Proinde qui in investigatione hominum militare auxilium interdicit, non ideo in sententiæ exsecutione adhiberi vetat.

IX. Quod ad jusjurandum in litem attinet, ait Ulpianus eum qui dolo fecit quominus restituere posset, damnandum esse quantum actor in litem juraverit. Id sic accipiendum est, si actor admittat id jusiurandum. Quod si possessor quidem dolo fecit, actor vero jurare non vult, sed quanti res sit adversarium condemnari maluit, mos ei gerendus est hoc totidem verbis in *L. quod si*, 71. *D. de rei vindicat.* Addit Ulpianus damnandum possessorem quantum adversarius possessor in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit. Quod ait ita damnandum, necessitatem damnationis ostendit et hoc significat, necesse habere judicem tanti reum damnare, nec jure posse aliter. Hoc vero videri potest multis locis adversari, quibus constanter traditur, posse judicem taxatione refrenare jusjurandum in litem, ejus quantitatem taxare, modum ei jurijurando statuere, *L. arbitrio*, in princ. *D. de dol. L.* 3. §. *præterea*, *D. ad exh. L. videamus*, §. *jurare*, *D. de in lit. jur.* Sed nihil habent hæ sententiæ contrarii. Tunc enim locum habent cum rebus integris de deferendo jurejurando in litem agitur, quæriturque an cogatur judex id simpliciter deferre, ut jurare liceat actori sine ulla taxatione in infinitum. Et placet judicem non cogi ita deferre, sed posse modum et quantitatem taxare non ad quam revocetur jusjurandum jam præstitum, sed ad quam usque juretur postea, ne arrepta delati occasione in immensum juretur: idque ita explicatur in *d. L. videamus*, §. *jurare*, *de in litem jur.* Cæterum si sine ulla taxatione judex jusjurandum in litem detulerit, quanvis manifeste modum excesserit justæ æstimationis jurans se tanti rem suam æstimare, cogitur judex sequi id jusjurandum ut tanti reus damnetur, nec potest id mutare nisi ex magna caussa, quod et ipsum traditur in *d. L. videamus*, §. *pen. de in lit. jur.* Et de hoc jurejurando loquitur Ulpianus in *d. L. qui restituere.* Apparet ex verbis, non enim dicit reum damnandum esse sine taxatione in infinitum, ut hæc verba referantur ad verbum, damnandus est: sed damnandum, quantum sine ulla taxatione in infinitum juraverit. Is autem solus jure ita recte jurat, cui juraturo judex modum et taxationem non præfinivit, ad quam usque juraretur. Nam cui quantitas jurisjurandi præstandi taxata est, hanc illi excedere non licet.

X. Hæc dicta sunt de condemnatione hujus judicii, cum res petita adhuc extstat in rerum natura. Quod si non exstabit, tum postquam declaravit petitorem dominum esse, quam primam partem sententiæ judicis in hac re esse diximus, statim condemnatio fit in litis æstimationem, servata supe-

cet magistratus (confer *supra Lib.* 17. *C.* 21. *n.* 4. *N.* 3.) non pedanei, etsi aliter Duar. de sententia judicis accipiens. 1. *Disput.* 53. *et in Apolog. contra Baron. n.* 16.

(8) Quod et probat *L.* 63. *h. t.* verbis: *ex sententia judicis*, quæ arguunt æstimationem non fieri jurejurando actoris, Cujac. *ibid. in Papiniano.* Et quod ex culpa non restituentis, æstimatio non actori sed judici permittatur, Oldend. *Class.* 3. *Act.* 2. *pag.* 312.

riore distinctione quam in rebus æstimandis pro conditione rerum servandam esse diximus. Et hoc intelligimus, hoc casu nullum præcedere arbitrium judicis de restituendo, utpote ineptum et elusiorum futurum, cum constet non esse quod restituatur. Hoc in *L. arbitrio*, §. 1. *D. de dol.*

XI. Illud in rebus quæ restitui debent si mobiles sint, nec sint in eo loco ubi agitur, quæretur ubi officio judicis restitui debent. Et exstat de eo distinctio dilucide scripta in *L. si res mobilis*, 10. *et L.* 11. *L.* 12. *D. de rei vind.* inde sumetur.

XII. Sed quæcunque petitori restituenda esse, quæcunque eo nomine in condemnationem judicis venire hactenus diximus, omnis hæc restitutio et condemnatio cum hac exceptione accipienda est quam initio hujus restitutionis posuimus: ut superiora omnia restituenda sint petitori, dum in his restituendis non postulet locupletior fieri cum damno et jactura possessoris. Quod si faciet, jure possessor hoc damnum a se amoveri postulabit, nec prius cogi rem restituere quam amoto damno. Ut si possessor impensas in rem petitam fecerit quibus petitor locupletior fiat re restituta, et impensis his non deductis velit petitor sibi rem petitam restitui: jure possessor hac iniquitatem recusabit, desiderabitque ut sibi ante omnia eas impensas deducere liceat. Sed quia hoc ad jus possessoris pertinet, de eo separatim in hujus persona dicendum est. Et vero cum possessoris quoque jus ad tuitionem hujus judicii pertineat (est enim judicium utriusque caussa comparatum et actoris et rei) satis autem huc usque dixerimus de jure petitoris; superest ut deinceps de jure possessoris breviter cognoscamus.

## CAP. VII.

Quæ possessori in hoc judicio tribuenda sint officio judicis, sive is vincat sive vincatur: et in his præcipue de impensis in rem petitam factis, quas, et quando, et qua via possessor a petitore consequatur.

*Officium judicis cum possessore duplex* I. *ut hunc absolvat, si vicerit. Quot ex caussis ita absolvendus.* I.
*Sin victus, ut præstetur indemnis a damno cum præterito tum futuro: obiter utrumque quid sit.* II.
*Propositum auctoris et methodus.* III.
*Impensarum tria genera et quæ; interest an fructuum; an rei ipsius caussa factæ* IV.
*Fructuum caussa factas sive necessarias sive utiles a quocunque possessore deduci.* V.
*Cur non idem juris in aliarum rerum utilibus impensis.* VI.
*Ipsius rei caussa factas, utique necessarias deduci etiam a possessore malæ fidei, et quare.* VII.
*Contrariis occurritur.* VIII.
*Petita re non extante, deduci necessarias si petatur æstimatio rei, aliter non posse deduci.* IX.
*Contraria refelluntur: et quid singularum rerum petitio ab hereditatis petitione differat, eatenus explicatur.* X.
*Deductionem utilium impensarum in bonæ fidei possessore æstimari ex persona petitoris, vel ex caussa.* XI.
*Ex persona: an dives, an pauper.* XII.
*Dives illarum nomine tenetur, cum rem totam petit, non deductis sumptibus.* XIII.
*Non tenetur, si paratus sit has impensas cedere possessori.* XIV.
*Obviam itur contrariis.* XV.
*Cur in deducendis impensis necessariis nulla ejusmodi distinctio.* XVI.
*Pauper utiles reddere non cogitur* XVII.
*Nisi ex caussa. Hæc triplex, qualis unaquæque.* XVIII.
*Sed tamen idem permittet possessori tollere quod posuit. Hoc quatenus.* XIX.
*In possessore malæ fidei nulla utilium impensarum deductio.* XX.
*Contraria diluuntur.* XXI. XXII.
*Potest tamen et is tollere quod posuit, modo sine damno petitæ rei et sui commodo faciat: exponitur* §. ex diverso 30. l. de R. D. XXIII.
*Voluntariæ impensæ non deducuntur ne a bonæ quidem fidei possessore.* XXIV.
*Nisi eædem pro voluntate petitoris fiant utiles; tales fieri duplici modo.* XXV.
*An quod et posuit ad voluptatem malæ fidei possessor, jure tollat sine petitoris damno.* XXVI.
*Impensæ deducendæ pensantur fructibus etiam perceptis a possessore bonæ fidei ante litem contestatam.* XXVII.
*Sumptus exceptione doli mali per retentionem servari ex officio judicis, et hoc quali.* XXVIII.
*Exceptione et retentione omissa, nullam esse reliquam actionem qua iidem petantur.* XXIX.
*Contrariis occurritur.* XXX.
*Possessor idonea cautione tuendus adversus damnum quod ipsi ex obligatione caussa petitæ rei suscepta metuitur. Duplex illud, et quale.* XXXI.
*An cum petitor accepit a possessore rei præsentis æstimationem, cavere ille debeat de evictione.* XXXII.
*Quid si æstimatione præstita a possessore res oberit: an petitor caveat de re tradenda, vel actionibus cedat ad rem persequendam.* XXXIII.

I Jus possessoris, quod ad tuitionem hujus judicii pertineat duplex est. Unum vincentis, alterum victi. Vincentis jus est, ut quem compertum erit rei vindicatione non teneri, is officio judicis et sententia absolvatur. Et quantum ex his facile colligi potest quæ de actione in rem recte istituenda supra diximus, cui competat, adversus quem, quam ad rem: quatuor maxime modis fit, ne possessor rei vindicatione teneatur ut condemnari debeat, ac totidem etiam accidit, ut absolvatur. Uno, si nec ab initio possedit, nec postea probatur possedisse in diem rei judicatæ, neque is est qui se liti

offerens petitorem dolo deceperit. *L. sin autem*, §. 1. *L. is qui se* 25. et *L.* seq. *L. ult. D. de rei vindic.* Altero, si petitor se dominum esse non probavit. Actore enim non probante reus obtinet, id est absolvitur, quanvis nihil ipse præstiterit. *L. qui accusare*, *C. de edend. L. ultim. C. de rei vindicat.* Tertio, si cum initio possideret, et actione in rem teneretur domino agente, res inter moras litis sine dolo malo et culpa possessoris periit, *d. L. sin autem*, §. 1. *L. si bonæ*, *D. eod.* Postremo, si qua exceptio a possessore objecta est ex iis quibus possessorem adversus petitorem defendi supra suo loco diximus, *L. officium*, *D. eod.* Sane illo casu, cum res inter moras litis sine dolo et culpa possessoris amissa est, sic de re absolvitur possessor ut interdum cavere debeat de re restituenda. Quod accidit, cum servus petitus est et is, cum custodiri non deberet, interim a bonæ fidei possessore usucaptus, postea ab eo fugit. Placet hoc casu possessorem servi nomine absolvi, sed tamen cavere debere, si tanquam dominus eum servum nactus fuerit, se eum restiturum: hoc in *d. L. si a bonæ*, cir. fin.

II. Victi possessoris jus est, quod et hoc judicio consequi debeat officio judicis, ut quodcunque damnum est in quod posse sor propter rem petitam incidat, quod quidem æquum sit ei a petitore amoveri, ejus omnis damni indemnitas præstetur, nec prius cogatur rem restituere. Id damnum duplex est: præteritum, et futurum. Præteritum, quod jam factum est versaturque in impensis in rem petitam a possessore factis: futurum, quod nondum factum est, sed re restituta juste metuitur possessori futurum: nasciturque ei aut ex obligatione rei nomine ab eo suscepta, aut ex conditione rei quam præstita æstimatione retinet. Utriusque hujus damni indemnitas a possessore postulari solet. Ubi hanc, et quidem tum qua via in his consequi debeat, videamus.

III. Ac primum de damno præterito impensarum dicatur: si prius monuero de verbo, quo maxime in hac re usuri sumus. Etsi enim sic impensarum nomine præstari potest in lemnitas, ut alias hæ refundantur a petitore, sic deinde is rem suam recipiat: alias cum possessor in rerum æstimationem damnandus est, ante omnia deducantur impensæ ut, his deductis, sic deinde possessor in id quod superest condemnetur: tamen ne necesse sit eadem sæpius inculcare, pro ista omni. præstatione deductionis verbo potissimum nunc utemur. Ergo impensæ in rem petitam a possessore factæ ante omnia ab eo (1) deduci possunt; sed hac conditione omnino, quatenus hoc illi concedi æquum est: quod ita fit, si petitor re restituta his impensis locupletior fiat, et his retentis quærat lucrum cum possessoris jactura facere, quæ hujus deductionis omnis æquitas est, *L. p ane, D. de hered. pet.* Hac conditione fit ut non omnes impensæ in rem petitam factæ repeti deducive possint, neque pariter ab omnibus possessoribus. Quæ igitur et a quibus possint? Et de eo ex genere impensæ primum, deinde ex persona possessoris statuendum est.

IV. Genera impensarum sunt tria. Quædam sunt necessariæ, quædam utiles, quædam voluptuariæ, *L. impensæ*, *D. de verb. sign. L. D. de imp. in res dot. fac.* Necessariæ sunt, quibus non factis, res peritura fuit, aut fuit deterior futura: sic definiuntur in *d. L. impensæ*. Ideo necessariæ dictæ, quod ad rem conservandam necesse sit eas facere. Hujus generis sunt, quæ conferuntur ad refectionem et tuitionem ædificiorum, ad agrorum solitam culturam, ad animalium valetudinem curandam, ad alimoniam et cibaria, quarum plura exempla proponuntur in *L.* 1. §. *ult. L.* 2. 3. 4. *D. de imp. in res dot. fac.* Utiles tantum sunt, quibus res carere potuit ut, his non factis, non minus res esset integra quam ante, sed quæ factæ

(1) De impensis deducendis a bonæ vel malæ fidei possessore, plenius et exactius, Deo dante, tractabo aliquando in commentariis de bona et mala fide etc. Ubi reperies non usquequaque consentientia illis quæ de hac materia tradunt Menoch. *Arb.* 1. *cap.* 258. *et Recup. poss. Remed.* 15. 500. et *seqq.* Tiraq *de Retr. lign.* §. 15. *Gl.* 1. et *de Retr. convent.* §. 7. *Gl.* 1. Sich. *ad L.* 5. *Cod. hoc tit. n.* 6. *et seqq.* Petr. Barbosa *ad L. divortio*, 8. §. *ult. D. sol matr.* Gomez. *in L. Tauri* 46. Cujac. 10. *Obs.* 1. et 4. *ac in Paulo ad L.* 38. *et* 40. *de pet. her.* et *L.* 27. §. *ultim. hoc tit.* Marc. Mantua *Singul.* 52. Sarmient. 1. *Select. Interpret.* 10 Peregrin. *de Fideicomm. Artic.* 50. Anton. de Gamma *Decis.* 309. Achil. Personalis *Tr. de Petit. hered. n.* 670. *et seqq.* Vital. 1. *Var Lect.* 20. Anton. Fab. 2. *Conject.* 1. et *decade* 26. *Err. Prag.* 8. 9 10. Casp. Schifordegher. *Lib.* 2. *ad Anton. Fabr. Tract.* 12. Marc. Lycklama 7. *Membran.* 4 Fachinæ. 1. *Contr.* 55. Zang. *de Exc. P.* 3 *Cap.* 13. *n.* 32. *usque ad n.* 71. Brouch. 3. *Euant.* 17. Gœd. *ad L.* 79. *de V. S.* Sc. Gentil. 1. *de Don. int. vir. Cap.* 40. Jo. Bapt. Cost. *de Facti scientia. Dist.* 65 *Centur* 1. Moller. 1. *Semestr.* 30. Elb. Leonin. qui scite 4. *Emend.* 1. Gitken. *Tr. de Impens.* Joan. Garsia Gallecus *Tr. de Expens. et meliorat.* aliique plures.

fructum augent. Cujusmodi impensæ sunt earum rerum, quæ nunc primum instituuntur in re petita: ut si ædificetur in area petita, si servi instituantur doceanturque aliquod artificium. Voluptariæ sunt quæ ad voluptatem tantum sunt comparatæ, quæ eamdem speciem rei ornat sine ullo fructu, ut viridaria, aquæ salientes, incrustationes parietum, loricationes, picturæ: indicantur hæc in *d. L. impensæ. de ver. sig. L.* 5. §. *ult. L. voluptuariæ, D. de imp. in res dot. fac.* Nun omnes vero hæ impensæ in eadem caussa sunt cum de earum deductione agitur. In his jam a principio hæc distinctio summa servatur, ut plurimum intersit inter impensas fructuum caussa factas, et eas quæ fiunt ipsius rei caussa, vel conservandæ vel augendæ, vel ornandæ.

V. Impensæ in fructus factæ ejusmodi sunt, ut quædam possint videri utiles tantum, quædam necessariæ. Quæ fructuum quærendorum caussa fiont, quoniam fiunt ante quam ulli sint fructus, tantum ut res fructum ferat, quæ alioqui sine hoc fructu erat futura; ideo recte dixeris hactenus has impensas esse utiles, non necessarias. Quæ autem fructibus jam enatis, fiunt horum fructuum cogendorum aut conservandorum caussa, eas palam est esse necessarias: quoniam sine his fructus qui esse cœperant, aut perituri fuerint aut deteriores futuri. Sed nihil ad rem pertinet hæc distinctio. De his una communis omnium definitio est, quicunque fructus usquam aut in ulla actione restituendi sunt, eos restitui non debere, nisi (2) deductis impensis quæ quærendorum, colligendorum, conservandorum fructuum caussa factæ sunt. Nec interest quis possessor sit qui hos sumptus fecerit, utrum bonæ an malæ fidei. Æque ad omnes hæc deductio pertinet, nec ullus casus intervenire potest qui hanc deductionem possessori adimat. Exstat definitio in *L. si a domino,* 36. §. *ultim. D. de hered. petit. L. fundus,* 51. in princ. *D. famil. erciscun. L. fructus,* 7. *D. solut. matr.*

VI. Cur non idem receptum sit in aliarum rerum utilibus impensis, quæret aliquis, cum sine exceptione receptum sit in impensis hujus generis. Respondent veteres eo fieri, quia fructus non intelligitur nisi quod deductis impensis superest, *d. L. fructus. D. sol. matr. d. L. si a domino, de hered. pet.* ut plane consequens sit non prius hic fructum esse quem restitui oporteat, quam impensa deducta fuerit. At hoc etiam dubitationem habere potest, quod dicitur fructus intelligi qui deducta impensa supersunt. Cur enim id dicamus de fructibus potius quam de re petita, quæ semper manere et superesse intelligitur, quamvis non deductis sumptibus in eam factis, ut postea constabit? Id efficit fructuum ratio, quorum natura hæc est ut nihil aliud intelligantur esse quam lucrum quod ex re percipitur. Sic autem rursum lucri definitio est, ut id demum lucrum habeatur, quod deducto omni damno superest. *L. Mucius, D. pro soc.* Proinde et fructuum lucrum id quod superest, deducto damno impensarum.

VII. Cæterum rerum impensæ superiorem distinctionem per omnia retinent. Omnino enim ita harum conditio est, ut in hac deductione distet multum utrum impensæ sint necessariæ, an utiles an voluptuariæ. Necessarias deducunt possessores (3) omnes et sine exceptione. Bonæ fidei quidem possessores citra controversiam, *L. plane, D. de hered. pet.* argum. *in L. domum, C. de rei vindic.* Deductionis æquitas manifesta est. Aperte enim ex his impensis lucrum facit, qui propter eas rem suam salvam habet, quæ alioqui aut peritura fuerat, aut deterior futura. Natura autem hoc æqnum est, neminem cum alterius incommodo fieri locupletiorem, neminem cum alterius jactura lucrum facere, *L. nam hoc natura, D. de condict. indeb. d. L. plane, de hered. petit.* Si contra facit petitor, quod fit dum postulat rem suam recipere, non redditis superioribus impensis, dolo facit, quia facit contra æquitatem naturalem; atque hic etiam doli exceptio possessori, *L.* 1. *D. de dol. mal. et met. except.* Et hac exceptione tutus possessor has impensas deducit; eaque est exceptio hujus deductionis caussa comparata, et exceptionis ratio quæ tradi-

(2) Et generaliter lex vel statutum loquens de fructibus intelligitur, deductis impensis, etsi agatur contra prædonem, Tiraq. *de fetr. lig.* §. 1. *Gl.* 1. Leonin. 4. *Emend.* 1. *n.* 10. Atque has non restituit possessori petitor, sed tanto minus fructuum nomine præstat, Leonin. *d. n.* 10 *et n.* 21. Et æstimatur quoque labor personæ, si rusticus cum sua familia nulla expensa pecunia laboravit, nempe pretium operarum juxta quantitatem quæ aliis pro iisdem operis danda, Hartm *Titul.* 23. *Obs.* 1. *n.* 3. post alios Pinel. *in L.* 2. *Cod. de resc. vend. P.* 2. *Cap.* 3. *n.* 4.

(3) Exceptio tamen videtur in fore qui nec expensas in alimenta infantis deducit, *L.* 13. *D. de cond. furt. L.* 1. *Cod. de infant. expos.* ubi *Gl.* duriorem esse conditionem furis quam alterius malæ fidei possessoris, vid. Fach. 1. *Contr.* 54.

tur in *d. L. plane.* Nihil hic referre putabimus utrum easdem impensas facturus esset petitor, an pro incuria et socordia sua omissurus. Si facturus fuit, tanto magis agnoscet. Nam isto modo agnosceret et utiles tantum impensas, *L. in fundo, D. de rei vindicat.* Si facturus non fuit, tamen re recepta quam salvam habet, idem lucrum facit. Proinde in eadem æquitate eadem impensarum deductio est. Quid si malæ fidei possessor fuit qui fecit impensas necessarias? Etiam malæ fidei possessor hujus generis impensas deducit: diserte traditum in *L. domum, C. de rei vindicat.* Sed an non iniquum videtur hanc deductionem tribuere prædoni qui sciens prudens in rem alienam sumptus fecit? Esset iniquum, si hæc deductio personæ possessoris tribueretur, non caussæ. Nunc autem caussæ tribuitur, non personæ. Nam, ut jam diximus, deducendi has impensas hæc ratio est, quod petitor in re petita cum jactura possessoris lucrum facere non debet. Hanc æquitatem mala fides possessoris non mutat. Quisquis enim impensam necessariam ad rem conservandam fecit, semper verum est petitori rem salvam esse, et hoc lucrum eum facere ex impensis alienis. Sit igitur in eadem caussa et æquitate jus idem etiam malæ fidei possessori, *L. illud, D. ad legem Aquil.*

VIII. Hic tamen malæ fidei possessori, quominus has ipsas impensas deducere ei liceat, videntur duo objici posse; culpa ejus, et donandi voluntas. Culpa, quod cum sciret rem alienam esse, in eam sumptum fecit, cum potius deberet rem restituere. Donandi voluntas, quod qui in rem alienam sciens contulit quod sciret per accessionem statim domino quæsitum iri, donare voluit. Utrumque certe objicitur ei qui in area aliena ædificavit eo tempore quo sciebat esse alienam, placetque utrumque obstare ei quominus ei prosit exceptio ad impensas deducendas, *L. Julianus, 37. D. de rei vindic. §. ex diverso, Inst. de rer. divis.* Sed recte utrumque dicitur de eo qui ædificium ponit in aliena area, id est qui quid in re petita nunc primum instituit, utiliter quidem at non necessario, cum res petita eo carere potuerit ut integra maneret nihilominus. Sane enim culpa est instituere aliquid in re aliena scientem, quod nescias domino probari: quid enim si dominus id prius non habuit quia noluit habere? quid si eo sumptu carere voluit? Sed et in hunc vere cadit donandi voluntas, qui nulla necessitate coactus quid de suo in alium contulit: cum dicamus donari videri quod nullo jure cogente conceditur, *L. donari, D. de don.* Nihil horum ad eum pertinet qui ad rem petitam conservandam accedens impensas fecit ad eam tuitionem necessarias. Primum nulla culpa est in eo qui necessitate rei petitæ coartus de ea quid utiliter statuit, *L. item si. 15. §. 1. D. de rei vindic.* Multo minus culpa est rem alioqui perituram aut deteriorem futuram servasse, ubi potius culpa futura fuerit eam curam omisisse, *L. qui petitorio, §. 1. D. eod.* Quod autem ad donandi voluntatem attinet, si recte definimus, donari videri, quod nullo jure cogente conceditur; perspicuum est hanc voluntatem in necessariis impensis possessori objici non posse, quas ille necessitate rei tuendæ coactus fecerit. Quo pertinet et illud Modestini, neminem in necessitatibus liberalem exsistere, *L. rem legatam, D. de adim. leg.*

IX. Vere igitur definivimus necessariarum impensarum deductionem esse eamque jure tributam omnibus possessoribus, etiam qui mala fide possident. Et hoc ita esse jam non dubitatur, si res exstet in quam sumptus necessarii facti sunt. Sic enim evenit ut petitor, re recepta, lucrum sentiat impensarum: quod lucrum huic deductioni locum facit. At quid si res perierit in quam sumptus facti erant: ut jam dici non possit petitor rem meliorem aut salvam habere propter impensas, qui omnino eam rem non habet? Dicemus, si re perempta tenetur adhuc possessor, ut fit cum res post moram ejus aut dolo culpave ejus periit, si tum petitor petit litis æstimationem, etiam possessorem superiores impensas deducturum, id est, his deductis, quod superfluum estimationis restituturum. Nihil enim interest actor rem integram habeat, an rei integræ æstimationem: omninoque qui pretium habet, rem habere videtur, *L. quia, D. de usufr.* Quod si possessor eo casu liberatus est, quod accidit cum res sine mora et culpa ejus periit: eodem tempore evenit ut, quemadmodum rem suam amittit actor, ita et possessor simul amittat impensas a se quanvis necessario in eam rem factas. Quominus eas hoc casu consequi possit, duo prohibent. Primum quod deductionis hujus nulla alia caussa est quam quod dicatur petitor lucrum facere cum jactura possessoris, *d. L. plane, D. de her. pet.* At petitor nullum hic lucrum facit, qui neque rem habet quæ illi periit, neque habet rei æstimationem. Deinde quod una omnes impensas consequendi via est, non actio sed exceptio per rei petitæ retentionem, de quo postea

dicetur suo ordine, *L. sumptus, D. de rei vind.* Nulla autem est exceptio adversus eum qui nihil petit; cum exceptio nihil sit nisi actionis exclusio, *L. 2. D. de except.*

X. Videamus tamen, ne hæc sententia falsa sit. Certe de bonæ fidei possessore, in petitione hereditatis contrarium legimus in *L. plane*, in fin. *de her. pet.* Ubi ita scriptum est, bonæ fidei quidem possessorem omnimodo impensas non tantum necessarias, sed etiam utiles deducere, licet res non exstet in quam fecit: prædonem autem non aliter, quam si res melior sit. Sed hoc in petitione hereditatis recte dicitur: ad petitionem rerum singularum, de qua loquimur, non pertinet. Id ex eo accidit potissimum, quod istam deductionem etiam post rem amissam patitur natura petitionis hereditatis; eamdem petitio rerum singularum, re petita amissa, non admittit. Nam in hereditate quæ petitur, multæ et variæ res sunt hereditariæ. Quo fit, ut quanvis ea res in quam sumptus facti erant perierit, supersint tamen aliæ, per quarum retentionem impensæ servari possunt. Nam et quæ supersunt et ea quæ periit, etsi inter se diversæ, omnes tamen fuerunt unius et ejusdem hereditatis, ejus nimirum quæ aliquando per impensas superiores melior facta est. Ideo æquum est, quod lucrum hereditati in una re aliquando accesserit, id ab eadem hereditate per aliarum rerum hereditariarum retentionem præstari. At in petitione rerum singularum una tantum res est quæ petitur: et quanvis eodem judicio petantur plures, singulæ tamen res suas proprias et separatas vindicationes habent. Unde rursum evenire necesse est ut, re petita perempta in quam necessarii sumptus facti erant, non supersit alia per cujus retentionem in rei petitæ judicio sumptus serventur. Neque vero aliter, quam per exceptionem rei petitæ sumptus servari possunt, *d. L. sumptus de rei vindic.* Adde ad rerum utroque judicio petitarum naturam et hanc æquitatem. Possessor hereditatis, si qua in re ex hereditate locupletior factus est, id omne præstat petitori; usque adeo, ut fructus quoque quanvis bona fide perceptos restituat, *L. item veniunt*, §. *item non solum*, *L. post senatusconsultum*, *D. de hered. pet.* Æquum est igitur ut, si qua in re possessor quandoque petitorem locupletiorem fecerit, hoc item illi vice mutua a petitore sarciatur: certe æquum, ut qui plus præstat, huic item contra plus præstetur. In petitione rerum singularum hoc contra accidit, ut minus præstet bonæ fidei possessor. Qui enim fructus hominum opera proveniunt, perceptione: reliqui, consumptione ejus fiunt: ut quanvis his fructibus locupletior factus sit ex re petita, nihil hinc tamen restituere debeat. Quare et hic valde consentaneum est. planeque ex eadem æquitatis regula, ut qui ex re petita locupletior factus nihil præstat, nec ejus nomine quo pauperior in ea re factus est, quidquam ei præstetur, ubi eo sumptu nihil lucri petitori accesserit.

XI. Utilium impensarum longe dissimilis caussa est cum in malæ fidei, tum in bonæ fidei quoque possessoribus. Utiles impensas ne bonæ fidei quidem possessori deducere usquequaque concessum est; sed de eo, inquit Celsus, *varie bonus judex ex personis caussisque constituet*, L. in fundo, 38. *D. de rei vind.* Quam ergo in hac varietate certitudinis regulam sequimur, aut quomodo hanc varietatem explicamus? Si summam quærimus, non alia hic regula est ad quam omnem hanc quæstionem expendere oporteat, quam illa ipsa æquitatis regula quam supra huic deductioni posuimus, ut si petitor his impensis locupletior fiat, liceat possessori opposita doli mali exceptione eas servare: sin minus, non liceat, *d. L. plane, de her. pet.* Quid ergo, dicet aliquis, an dubitamus impensis utilibus in rem factis petitorem semper locupletiorem fieri? Quod si fit semper locupletior, quid relinquitur, nisi ut secundum suprascriptam regulam, repudiata ista omni varietate, utiles impensas itidem ut necessarias semper deduci posse in universum statuamus? Sane vero in utilibus impensis non uno modo accidit ut ne petitor his fiat locupletior. Ex quo est videlicet variæ istius deductionis ratio a veteribus hic observatæ, et cujus Celsus meminit. Et quoniam interdum persona ipsa petitoris facit, ut impensa in rem ejus facta illi lucrum adferat, aut non adferat; interdum caussa aliqua extra conditionem personæ: hinc etiam nobis istius deductionis distinctio ducatur, deque ea ita statuamus omnem utilium impensarum deductionem bonæ fidei possessori aut ex persona certa petitoris tribui aut ex caussa, eandemque his cessantibus denegari.

XII. Et ante omnia in hac omni quæstione persona petitoris spectanda est, videndumque, id quod ad rem pertinet, utrum is dives sit, par ferendis sumptibus sine rei suæ alienatione, an pauper qui, si impensas præstare cogatur, idem cogatur rem ipsam vendere.

XIII. Si dives qualem diximus, deducet impensas possessor, *d. L. in fundo*, *de rei*

*vindic.* Nempe ideo quod, eum ut impensas præstet, non cogator rem suam distrahere, futurum sit, ut quanvis præstitis impensis rem snam receptam nihilominus habeat, et propter impensas habeat meliorem, atque haetenus fiat locupletior. Qua de caossa incipit res ad superiorem æquitatem pertinere, ut quia rum jactura possessoris lucrum facere non debet, ideo etiam exceptione doli remuveatur, si perseveret petere rem suam non deduetis sumptibus, *L. sin autem*, *§. ult. D. eod. d. L. plane*, *D. de heredit. petit.*

XIV. Et tamen rursum hoc ita est, nisi hic ipse actor paratus sit pati possessorem tollere ædificium quod posuit, aut aliam impensam quam fecit. Quod diserte scriptum est io *d. L. sin autem*, *§. ultim. D. de rei vind.* sed ita, ut consequens sit eidem isti regulæ æquitatis quam in hac omni deduetione nobis propositam esse debere diximus. Sic enim impensarum deductio est, si petitor postulet lucrum facere, et quidem cum jactura possessoris. Proinde is hac deductione non tenetur, qui lucrum non facit. Non facit autem lucrum, qui impensis utilibus ultro paratus est possessori cedere. Quamquam hoc idem alia ratione non paulo certiore defenditur. Nam si possessor, quanvis dives, cogitur ædificium ab alio in area sua positum retinere et pro eo impensam possessori præstare, aperte cogitor id ædificium emere. Toties enim emptio est quoties pro re pecunia præstatur, *L. naturalis. 1. resp. D. de præs. verb.* Atqui certi juris est, neminem rogi emere quod nolit, *L. nec emere*, *C. de jur. delib.* et generaliter neminem cogi eum alio contrahere, *L. sicut*, *C. de oblig. et act.* Quare ne superius quidem petitor facere cogitur: eoque et ei liberum esse debet, ut impensæ præstationem evitet, ædificii in suo positi, aut alterius impensæ tollendæ potestatem possessori facere. Neque hic quisquam dicat nollam fieri injuriam petitori, si ædificiom retineat et pro ædificio det pecuniam, utpote pro pecunia tantumdem habiturus. Quod ei non noceat, alteri prosit id æquum esse eum non recusare, *d. L. in fundo*, *de rei vindic.* Non enim parva injuria est, si petitor in hanc rem collorare peconiam suam cogatur. Multæ enim caussæ esse possunt cur non expediat: multæ cur non putet sibi expedire. Neque porro cuiquam in re sua præscribi debet quomodo jure suo utator, *L. 4. D. ad Treb.* Et tamen non caret res dubitatione.

XV. Repognare videtur non uno modo *L. Julianus*, 37. *de rei vind.* Primum illic scriptum est possessori qui in aliena area ædificavit, exceptionem ad deducendas impensas non prodesse, si eo tempore ædificavit quo jam sciebat alienam. Quo aperte significatur, si ædificavit eum ignoraret alienam aream esse, id est cum adhuc bona fide possideret, exceptionem illi profuturam, omninoque eum impensas deducturum. Equidem et hoc significari, nec minus verum esse agnosco. Sed observandum est nihil hic dici de bonæ fidei possessore, quod non de eo et quidem diserte expressum sit in *L. sin autem*, *§. ultim. D. eod.* Et tamen ibidem paulo post adjicitur hæc exceptio, nisi petitur paratus sit pati possessorem tollere ædificium. Ex quo intelligitur, quod dicitur bonæ fidei possessorem deducere posse impensas utiles, regulam esse quæ interdum nuda tradatur, interdum cum sua exceptione: sic tamen ut, quanvis uspiam nuda posita fuerit, intelligi tamen debeat ex aliis iuris eam habere illam exceptionem quam dixi. Adde, quod in *d. L. Julianus* agitur de eo petitore qui cum area petita habere volebat etiam ædificium in ea a possessore positum: ut apparet ex extremo responsi, ubi possessori conceditur saltem tollere ædificium sine dispendio domini areæ: quod non diceitur concedi jure, nisi adversus eum petitorem qui id non permittebat. Adversus hunc vero petitorem recte simpliciter et sine exceptione dicitur esse adversus eum possessori bonæ fidei impensarum utilium deductionem. Nos de eo petitore loquimur qui rem suam tantum quæ initio fuerat, recipere volens, paratus est ædificio quod accessit, cedere. Dicitur præterea in *d. L. Julianus*, id quod res ipsa satis ostendit, possessorem malæ fidei desiderantem per exceptionem impensas servare, esse sollicitum de damno. Atqui petitor has impensas ferre nolens et ipse de damno est sollicitus, ut jam videtur in ea damni ab utroque depulsione par esse utriusque caussa et petitoris et possessoris. Quod si admittimus, consequens est regulæ juris, in hac caussa plus tribuendum esse possessori, ut hinc potius damnum amoveatur: sic enim est regula juris, in pari caussa potiorem esse debere possessorem, *L. in pari*, *D. de reg. jur.* Nun vero negabimus, in hac damni depulsione parem esse caussam petitoris et possessoris. Sane enim ambo de damno a se depellendo solliciti sunt: sed longe de dissimili damno, et cujus pariter rationem haberi non oporteat. Laborat petitor de damno præstandarum impensarum sed cui damno ipse caussam

non præbuit. Laborat possessor et ipse de damno, ne eas amittat; sed damno ejusmodi, cujus caussa ab illo nata est, cum ipse eas impensas fecerit. Facile est hic videre, utri in hoc damno amoliendo factum nocere debeat, ipsine, an petitori. Alii certe nocere non debet, *L. solvendo*, *D. de neg. gest.* Unde fit ut, si cui debet nocere, ipsi auctori nocere debeat. Et vero id ita regula juris definitum est his verbis: *factum cuique suum non adversario nocere debet*, L. factum cuique, *D. de reg. jur.* Postremo in *eod. L. Julianus* sic distinguitur bonæ fidei possessor a malæ fidei possessore in hac impensarum deductione, ut bonæ fidei possessori concedatur deducere impensam: malæ fidei possessori solum ædificium quod posuit, tollere sine dispendio domini areæ. Atqui si statuimus petitorem audiendum esse, atque hoc modo præstatione impensarum defungi, postulantem, ut possessor tollat ædificium si velit, consequens erit nihil interesse inter bonæ fidei et malæ fidei possessorem. Quod consequens cum falsum esse declaretur in *d. L. Julianus*, necesse est est et falsam esse superiorem sententiam a qua id sequebatur. Dicendum est recte hoc colligi, siquidem ei sententiæ consequens esset id quod consequens esse modo diximus. At hoc non ita est. Etiam superiore sententia posita, nihilominus in hac ipsa deductione distabit bonæ fidei possessor a malæ fidei possessore. Nam malæ fidei possessori ædificium tollere permittitur: sed sub conditione, si id faciat sine dispendio domini areæ, *d. L. Julianus*, 37, in fin. *de rei vind. L. domum*, in fin. *C. eod.* Bonæ fidei autem possessor aut impensam utilem consequitur, aut licere ei debet quavis modo ædificium tollere, quanvis sine incommodo prioris status id facere non possit: quia ut illi tollere liceat, simpliciter ei a petitore defertur. Sit igitur hoc constitutum in impensis utilibus, nullam esse exceptionem possessori etiam bonæ fidei ad eas impensas servandas, ne adversus petitorem quidem divitem, si petitor paratus sit pati possessorem id in quo sumptum fecit tollere. Tunc isti deductioni adversus petitorem divitem locum esse, cum petitor dives pergit rem totam petere non deductis sumptibus.

XVI. Qua distinctione in necessariis impensis ideo usi non sumus, quia in eas non cadit. Licet enim rem suam totam petere et consequi; quanvis ædificium quod accesserat, tollatur. At necessariis impensis in rem factis, non potest actor petere rem suam integram, et simul necessariarum impensarum tollendarum potestatem facere: cum necessariis impensis detractis, res peritura sit ut ante, aut deterior futura, ut est earum impensarum definitio, *L. impensæ*, *D. de verb. significat.*

XVII. Atque hæc de petitore divite dicta sunt. Quod si petitor pauper erit qui non possit ferre istas impensas utiles, et si cogitur præstare, necesse habeat rem vendere; placet eum præstare non cogendum, eoque nec proficere exceptionem possessori ad eas adversus talem petitorem servandas, *d. L. in fundo*, illic *finge pauperem*, de rei vind. *L. si servus*, *D. de pignor. act.* Merito. Est enim consentaneum illi æquitati quam superiori deductioni impensarum locum facere dicimus: cum ita statuamus unam esse rationem istas obtinendi, si dicatur petitor ex his impensis lucrum facere seu locupletior cum jactura possessoris, *d. L. plane*, *D. de her pet.* Quod quidem in proposito adversus eum petitorem dici non potest, qui propter impensas non modo non habet rem meliorem aut locupletiorem, sed ne habet quidem rem ipsam; utpote qua carere cogatur, si cogatur istas impensas reddere. Hoc idem et finis hujus judicii exigit. Agitur enim hoc judicio, ut actor rem suam recipiat: omninoque hoc ei præstandum est, *L. officium D. de rei vind.* At hoc minime consequitur, si ut impensas reddat, cogitur rem aut alii distrahere, aut apud petitorem relinquere.

XVIII. Et hactenus ad istum modum deductionem impensarum utilium aut concedit aut denegat persona petitoris. Quod si in hujus persona nihil erit adjumenti ad deductionem, transeundum erit ad caussam hujus deductionis, et videndum, num quæ sint caussæ quæ nulla habita petitoris ratione hanc deductionem possessori tribuant. Et sunt aliquæ omninoque hujus generis caussæ tres, quæ adversus omnem petitorem utilium impensarum deductionem inducunt. Prima est, si petitor easdem facturus fuerit, aut voluntate ejus factæ sunt, *d. L. in fundo*, in pr. *de rei vind. d. L. si servos*, *de pig. act.* Merito huic recusanti sua voluntas obstabit; cum nulli liceat quod semel probavit improbare in alterius injuriam, cum res integra esse desierit, *L. Pomponius*, 9. *D. de neg. gest.* Sic autem de voluntate petitoris constare poterit, si proponas eum jam ante in area petita ædificium instituisse: mox eo peregre profecto fundum a non domino venditum bona fide ementi, emptorem inchoatum ædificium perfecisse. Finge etiam peti-

torem testatum ultro esse sibi ædificium quod a possessore instituitur, probare. Secunda caussa est, si petitor quanvis pauper rem venalem habuit, *d. L. in fundo, L. nisi*, 29. *de rei vind.* Quæ caussa habet hanc rationem, quod cum petitor rem meliorem factam vendit, non solum dici potest eum ex impensis a possessore factis lucrum facere, utpote propter quas rem pluris vendit: sed etiam eo præciditur illi omnis defensio, quod caussari non potest se ut impensas redderet, vendere coactum, qui etiam sine illis impensis erat venditurus. Tertia caussa est quæ subobscure indicatur in *L. aut si*, 30. *D. de rei vindic.* Est autem hujusmodi, si possessor, cum adhuc non certo cognosceret rem alienam esse ante quam ædificaret, denuntiaverit ei qui se dominum dicebat et qui postea egit in rem, denuntiaverit, inquam, se ædificare velle pro rei commodo, ut ille impensam solveret. Actor autem dissimulavit, silenter ostendens se non curare. Sententia ejus loci est, in hac denuntiatione possessoris, et petitoris dissimulatione recte poni, id est opponi doli exceptionem petitori a possessore ad eas impensas consequendas. Hoc ideo, quod qui in re sua monitus ita tacuit, consensisse intelligitur, exemplo ejus qui patitur ab alio mandari ut sibi credatur: de quo traditum est, eum qui id patitur, ipsum mandasse intelligi. *L. qui patitur*, 18. *D. mand.* Nam quod traditur regula juris, eum qui tacet non utique fateri, *L. qui tacet, D. de reg. jur.* non hoc significat, eum qui tacet nunquam fateri aut consentire; sed non utique, id est non omnimodo, non per omnia, non semper pro tali haberi, quod non negamus. Sed habetur tamen interdum pro consentiente qui tacet, quod superioribus verbis non negatur. Tunc autem silentium et dissimulationem cujusque pro consensu ejus haberi generaliter non male definiemus, cum dominus monitus patitur aliquid ab aliquo in re sua fieri: pro qua sententia recte usurpabimus superius exemplum, *d. L. qui patitur, D. mand.* Detrahe has caussas in petitore paupere. Manebit quod diximus, exceptioni doli locum non esse possessori ad utiles impensas servandas.

XIX. Quid ergo, peribit hoc casu impensa bonæ fidei possessori, et petitor impune ejus laboribus et impensis fruetur? Sane prope est, ut impensa possessori pereat. Relinquitur enim illi perexiguum, et id quod interdum nihil est, interdum ad minimam summam redigitur. Et hoc est: permittitur ei tollere quod posuit, *d. L. in fundo*, vers. *finge pauperem, de rei vind.* In quo sane semper hoc erit incommodum possessoris, quod quantumcunque sit quod tollet, semper amittet operas fabrorum. Materiam autem haud unquam fere talem recipiet, qualem posuit. Non est satis. Permittitur hoc ipsum tollere certis conditionibus quibus fit sæpe ut possessor nihil possit auferre, aut quod tollit sit minimum. Conditiones hæc tres sunt, comprehensæ in *d. L. in fundo, de rei vind.* Si sine detrimento prioris status possit possessor positum tollere, id est ita ut ne deterior sit fundus, quam si initio non foret ædificatum: Si ablato ædificio aliquid consecuturus sit: Si petitor non offerat æstimationem ejus quod re ablata possessor esset consecuturus. Proinde si sine læsione prioris status possessor ædificium tollere non potest, aut non detrahet, aut damnum sarciet. Sed etsi quod possessor ablaturus est nihil illi emolumenti adferat, nihil auferet: puta si nihil laturus sit, nisi aut calcem corruptam, aut lapides confractos, aut inutilia rudera. Quin etiam etsi paratus sit dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor rebus ablatis, æque hic prohibebitur possessor quidquam tollere. Horum posteriorum utrumque eleganti ratione, quæ a Celso redditur; *neque* enim, inquit, *malitiis indulgendum est:* significans malitiose peti a possessore id quod eo solum spectet, non ut illi prosit sed ut noceat adversario. Hoc autem nulli concedendum. Idem et ipse in alia re confirmat in *L. si cui, D. de serv.*

XX. Atque hæc hactenus utilium impensarum deductio est, quæ bonæ fidei possessori tribuitur. Non eadem in hac ipsa specie malæ fidei possessoris conditio est. Placet huic, si quas hujusmodi impensas fecit in rem quam sciebat alienam esse, nullam omnino exceptionem esse ad eas deducendas: sive is ab initio mala fide possedit, de quo in *L. domum, C. de rei vind.* sive ab initio bona fide, sed tum ædificavit cum cognovisset aream esse alienam: de quo in *L. Julianus*, 37. *D. de rei vindic.* Ejusque rei ratio hæc redditur in *L. adeo, §. ex diverso, D. de acq. rer. dom.* item in *§. ex diverso, Inst. de rer. divis.* quod ei qui sciens in alieno ædificavit, potest objici culpa, quod temere ædificarit in eo solo quod intelligeret alienum.

XXI. Cui tamen sententiæ duo vehementer obstant: deductionis æquitas de qua jam sæpe diximus, et petitionis hereditatis exemplum. Æquitas illa est ut non debeat unquam petitor cum jactura et damno pos-

sessoris lucrum facere: ac quoties id accidit ut facere instituat, toties sit deductioni impensarum locus, *d. L. plane, de her. pet.* Neque hic malæ fidei possessorem a bonæ fidei possessore distinguimus. Nam cum tribuitur deductio hujus caussæ, non personæ: necesse est ex hac caussa etiam deductionem tribui malæ fidei possessoribus: quoniam mala fides possessoris hanc æquitatem non mutat: ejusque rei certissimum argumentum est, quod placet malæ fidei possessorem ob hanc ipsam caussam deducere posse impensas necessarias, *d. L. plane, L. domum, C. de rei vind.* Ac de conditione petitionis hereditatis contraria dicam postea suo ordine. Prius de hac æquitate respondebo. Nego igitur hanc æquitatem in impensis utilibus ad malæ fidei possessorem pertinere: non sane quod petitor, dum ædificium in suo fundo positum aut alias impensas utiles a possessore factas retinet, non faciat lucrum ex alienis impensis: sed quod dici non possit id lucrum facere cum damno et jactura malæ fidei possessoris; quod amplius superior æquitatis regula exigit. Qui ergo non cum damno possessoris, cum is impensas amittat? quia qui in alieno ædificat sciens solum alienum esse, etsi forte re ipsa damnum facit, tamen jure sentire non videtur. Primum quia, si quod hic damnum est, culpa ejus accidit, qui non debuit in re aliena, certus alienam esse, ædificium ponere. *L. Julianus*, 37. *de rei vind. d. §. ex diverso, Inst. de rei vind.* Certi autem juris regula est, quod quis ex sua culpa damnum sentit, sentire non videri, *L. quod quis ex culpa sua, D. de reg. jur.* Deinde quod quis sciens ita ædificavit in alieno negotium domini non gerens, videtur donasse. Certe enim nullo jure cogente concessit id ædificium domino soli, cum ædificium solo cedat: donari autem intelligitur quod nullo jure cogente conceditur, ut et ante attigimus, *L. donari, D. de don* Non solum donati nulla repetitio est, ut est lex communis omnium donationum, *L. cum ancillam, L. si repetendi, C. de cond. ob cau.* sed etiam, quod præcipue ad rem pertinet, non dicitur pati damnum qui sciens volens aliquid de suo in alium contulit. Vera est enim et hic alia regula juris, non fraudari eos qui sciunt et consentiunt. *L. nemo videtur. D. de reg. jur.* ubi *fraudari*, valet non tantum decipi, sed etiam damno affici. Nam fraus veteribus inter cætera damnum significat: ut cum dicimus aliquid nobis fraudi esse non debere: et quod sine fraude mea populique Romani fiat, apud Livium. Nihil horum adversus malæ fidei possessorem dici potest in necessariis impensis: ut *supra* in eo genere impensarum ostendimus. Negavimus enim culpam esse in eo qui rem alioqui perituram aut deteriorem futuram necessaria impensa servarit. Negavimus eum qui necessitate cogente quid fecerit, donare voluisse, quia nemo in necessitatibus liberalis exsistat, ut est in *L. rem legatam, D. de adim. leg.* Ideo merito necessariarum impensarum deductionem etiam malæ fidei possessori tribuimus, utilium non item.

XXII. Sed utcunque ratio æquitatis superior nobis explicatur in malæ fidei possessore; tamen restat petitionis hereditatis exemplum, in quo plane superiori sententiæ contrarium receptum videtur. Certe in ea petitione placuit etiam malæ fidei possessorem deducere posse impensas, quibus res hereditaria melior facta sit: traditum his verbis in *d. L. plane*, in fin. *de her. pet.* Quod quidem nihil aliud est, quam malæ fidei possessorem deducere posse impensas etiam tantum utiles. Sunt enim utiles, quibus res fit melior. Sed hoc (4) diversum jus est in petitione hereditatis, non contrarium. Sic enim id observatur in hereditatis petitione, ut non minus recte diversum statuatur in petitione rerum singularum: tantumque hic alia observanda sit differentia inter has actiones circa impensas utiles. Differentiæ ratio est in jure petitoris. Nam in rei vindicatione actor recte dicturus est malæ fidei possessori impensas sibi præstari desideranti: non jure de impensis quæstionem moves: donare voluisti domino fundi, et quia domino, voluisti donare mihi qui sum dominus. In petitione hereditatis petitor hac replicatione adversus exceptionem doli a possessore objectam uti non potest. Priora enim illa dicere potest possessor: tu in area heretitaria ædificando quam sciebas alienam esse, donare voluisti, et voluisti donare domino. Sed non potest dicere hoc posterius: ergo voluisti donare mihi. Non enim si petitor heres est, continuo est dominus rei hereditariæ: cum fieri possit ut defunctus non fuerit dominus: neque vero quisquam plus juris alii relinquere aut tradere potest, quam ipse habuit, *L. nemo plus. D. de regul. jur.* nec successor alio jure uti, quam ejus in cujus locum successit, *L. qui in jus D. eod.* Stet igitur hæc sententia malæ fidei possessorem, cum quo speciali in rem actio-

(4) Diss. Cujac. 10. *Obs.* 1. A. Fab. 2. *Conject.* 1. *etc.* Qua de controversia alibi.

ne agitur, ejus quod in rem petitam utiliter tantum, non necessario impendit, nullam habere repetitionem aut deductionem.

XXIII. Sed cui hæc deductio denegata est hoc ei saltem relinqui placuit, ut quod posuit in alieno, liceat ei sine dispendio domini areæ vel, ut alibi dicitur, sine læsione prioris status tollere: hoc in *d. L. Julianus*, 37. in fin. *de rei vind. d. L. domum*, in fin. *C. eod.* Quod ne putemus tribui tantum ei qui ab initio bona fide rem possidere cœperat, post ædificavit eo tempore quo jam sciebat esse alienam, de quo est in *d. L. Julianus*, observatur in *d. L. domum*, nominatim idem tribui ei qui ab initio alienam rem injuria occupans cœperat malæ fidei possessor esse. Et vero cur istos possessores in hac tollendi potestate distinguamus: cum etsi priori tantum permissam esse usquam legeremus, tamen intelligeremus ad utrosque pertinere? parvi enim refert, inquit Ulpianus, ab initio quis dolose in re aliqua versetur, an postea hoc facere cœperit, *L. sed etsi*, *§. de eo autem, D. de hered. petit.* His ergo non temere videatur adversari *§. ex diverso, Inst. de rer. divis.* et quod idem est, *L. adeo §. ex diverso, D. de acquir. rer. domin.* in quo scriptum est eum qui mala fide possidens ædificavit in alieno, et materiæ proprietatem amisisse, quasi sua voluntate alienarit, et nec materiæ pretium aut mercedes fabrorum a domino consequi posse. Qui sua voluntate non coactus alienavit, donavit, ut ante dixi, *L. donari*, *D. de don.* Neque porro donati ulla esse potest repetitio aut in totum aut ex parte. *d. L. cum ancillam*, *L. si repetendi*, *C. de cond. ob cau. dat.* Quare si superius illud de materia a malæ fidei possessore alienata in universum dictum est, aperte et tollendi ædificii potestas tollitur: quam tamen ei possessori damus. Sed observandum est in *d. §. ex diverso* non simpliciter dici eum qui in alieno solo ex sua materia sciens ædificavit, materiam et quidquid in ædificium contulit alienasse atque hoc modo donasse videri: sed hactenus videri eum id fecisse, ut nec sublato ædificio materiam possit vindicare quasi ejus dominus, nec materiæ pretium et mercedes fabrorum petere. Quæ et nos concedimus. Sed progredimur longius et quærimus tertium, an illi rem petitam adhuc possidenti saltem exceptio danda sit, qua ei liceat tollere ædificium, quod sine detrimento rei petitæ faciat. De quo cum nihil specialiter comprehensum sit in *d. §. ex diverso*, quod de eo aperte aliis locis traditum est, id sequi debemus, et in eo usurpare sententiam quæ exstat in *L. præcipimus*, in fin. *C. de appel.* quidquid eo §. specialiter non est expressum, id aliarum legum constitutionumque regulis relictum intelligi debere. Porro cum hic tollendi ejus quod positum est, hactenus malæ fidei possessori detur, si id sine dispendio domini areæ facere liceat: multo magis illa adjicere debemus ut liceat ei tollere, si etiam sublato ædificio aliquid consecuturus sit, neque ei præstetur a petitore. Quod si possessor, sublato eo quod posuit, aut nihil lucri laturus sit, aut quantum id futurum esset tantum ei petitor offerat: redibimus ad sententiam Celsi, malitiis non esse indulgendum, ut concedatur possessori facere, quod factum illi nihil prosit, noceat adversario. *d. L. in fundo*, *D. de rei vind.*

XXIV. Voluptuariarum impensarum, quatenus voluptuariæ tantum sunt, nulla deductio est ne bonæ fidei quidem possessoribus. Nam cum omnis hæc deductio impensarum nascatur ex hac caussa, si petitor ex his lucrum faciat, idque teneat cum jactura possessoris *d. L. plane*, *de hered. pet.*, perspicuum est ex quibus impensis nullum lucrum est petitori, earum nullam esse posse deductionem, cum in omnibus caussis id observetur, ut quidquid ex caussa tribuitur, caussa cessante et ipsum deficiat. *L. quod dictum*, *D. de pact. L. de eo*, *L. quid enim*, *D. de jud. L. in omnibus caussis id*, *D. de regul. jur.* At tales sunt impensæ voluptuariæ: cum eas definiamus voluptuarias, quæ speciem ornant sine ullo fructu. Hic objicitur *L. utiles*, *D. de heredit. petitio.* ubi scriptum est ad picturarum quoque et marmorum et cæterarum voluptuariarum rerum impensas æque proficere nobis doli exceptionem, si modo bonæ fidei possessores simus. Ego autem puto, etsi hoc de petitione hereditatis scriptum videtur quia sub eo titulo relatum est, tamen ne in ea quidem actione exceptionem ullam possessori esse ad voluptuarias impensas deducendas. Nam ea ipsa actio est, in qua nominatim hæc omnis deductio possessori tribuitur hac ipsa de caussa, quod non debeat petitor ex aliena jactura lucrum facere: quod traditur in *d. L. plane*, *de herditat. petition.* Nullum autem lucrum esse ex voluptuariis impensis ipsa definitio earum indicat. Nec sane hanc sententiam mutat, sed confirmat potius quod dicitur in *d. L. utiles*, ad eas impensas deducendas proficere doli exceptionem. Nam vel hoc ipsum verbum exceptionis doli nos admonet, non esse huic exceptioni locum, nisi petitor dolo faciat nolens impensas reddere. Atqui nihil dolo facit, ni-

hil injuria qui recusat, si nullum ei lucrum est ex impensis: neque est ex voluptuariis impensis. Ita fit, ut his ipsis verbis denegetur possessori deductio harum impensarum, quanus voluptariæ tantum sunt.

XXV. Quid sibi vult igitur, quod illic possessori bonæ fidei ad voluptuarias quoque impensas deducendas tribuitur doli exceptio? Et sciendum est, quæ impensæ re ipsa et natura sua sunt voluptuariæ, interdum voluntate petitoris fieri utiles: quod cum eveniet, tum sane huic exceptioni locus esse potest ad eas impensas servandas, cum scilicet dicetur petitori: tu tua voluntate ex his lucrum facis; quod quia cum jactura mea facere postulas, dolo facis, ac tibi facere non licet. Id autem duobus modis contingit. Uno, si probetur dominus homo dives idem facturus fuisse. Altero, si rem in quam impensæ factæ sunt, venalem habuit, et propter impensas plus consecuturus est. Si petitor easdem impensas facturus fuit, pecunia in rem ejus versa intelligitur, ut Ulpianus ex sententia Labeonis respondit de eo, quod *servus emit domino volenti ad luxuriæ materiam: unguenta forte, vel si quid ad delicias, vel si quid ad turpes sumptus subministravit. Neque enim*, inquit, *spectamus, an bono domini cesserit quod consumptum est; sed an in negotium domini*. Hoc ille in *L.* 3. §. *ne non*, *D. de in rem verso*. Et certe quod alius sic impendit, ut nisi impensum esset, dominus fuisset impensurus, apparet id tale esse: propter quod dominus in suo non sit factus pauperior. Unusquisque autem hoc ipso, quod non est pauperior factus, locupletior est: habet enim in suo, quod alioqui non haberet, *L. in pupillo*, 47. *D. de sol.* Jam petitor qui rem venalem habuit, si propter impensas voluptuarias pluris rem vendidit, forte homini potenti, et earum rerum studioso; aperte ex his lucrum facit. Effectum est autem nunquam cum ex aliena jactura lucrum facere debere. Hinc ergo justa doli exceptio bonæ fidei possessori in petitione hereditatis ad eas impensas utroque tempore servandas, *d. L. plane*, *de her. pet.* Eadem et in rei vindicatione, ob eandem defensionis æquitatem et doli exceptionem dicemus. Nec dubium est, quin Celsi disputatio in *L. in fundo*, *D. de rei vind.* ad voluptuarias impensas deducendas quas dominus facturus esset, pertineat, ut judicat *versiculus penultimus*. Pomponii autem ratio in *L. nisi* 29. *D. eod.* de eo qui rem venalem habuit, etiam has impensas complectitur. Sed ita, inquam, ut sit hæc exceptio ex supra scriptis caussis proposita bonæ fidei possessori. Nam prædoni, inquit Cajus in *d. L. utiles*, probe dicetur in rem alienam supervacuas impensas facere.

XXVI. Sunt autem voluptuariæ impensæ supervacuæ re vera, si quod in re est spectamus. Quod si aliena voluntas aut æstimatio petitori utiles faciat; tamen adversus malæ fidei possessorem veræ solum æstimationis, non alienæ computationis ratio juste habebitur. Sed qui utiles impensas doli exceptione retinere non potest, huic potestas fit tollendorum eorum quæ sine detrimento ipsius rei tolli possunt, etiamsi sit malæ fidei possessor: quod adjicit Cajus in *d. L. utiles*, in fin. Nec quia hoc ille respondit in petitione hereditatis, ideo dubitemus in rei vindicatione locum hab re. Nam et hic eadem æquitatis defensio est ut dicat possessor: non debes, petitor, ex jactura mea lucrum facere, aut lucrum quod mihi ex illa jactura reliquum esse potest prohibere. Tum autem fit hæc potestas tollendi malæ fidei possessori in utilibus impensis, quasi hactenus donatas noluerit, *L. domum*, *C. de rei vind.* *L. Julianus*, 37. *D. eod.* Fiat igitur et in voluptuariis impensis, quoniam non magis has donare possessor voluit.

XXVII. Illud in universa ista deductione impensarum de qua diximus, tenendum est; ubicunque eam concedi placet, semper placere in eam (5) imputari quidquid possessor fructuum unquam ante litem contestatam perceperit: scilicet ut, rerum admissa compensatione, aut superfluum sumptum petitor restituere cogatur, aut tanta summa de litis æstimatione detracta possessor in reliquum condemnetur, *L. sumptus* 48. *L. emptor*, 65. *D. de rei vind.* Non temere hoc monemur. Est enim prima fronte a jure eorum fructuum alienum. Nam ante litem conteslatam bonæ fidei possessor fructus percipiendo suos facit, qui quidem opera et diligentia hominis pervenerunt; consumptos etiam omnes, *L. bonæ*, *D. de acq. rer. dom.* *L.* 4. §. *post litem*, *D. fin. reg.* §. *si quis a non domino*, *Inst. de rer. divis.* Quod si suos facit, proprios utique habere debuit, non alii restituere. Quomodo

(5) Ad hoc vide interim Nicol. Valt *de Reb. dub. Tr.* 9. *n.* 11. Pinell. *in L.* 2 *Cod. de resc. vend. P.* 2. *Cap.* 4. *n.* 62. *et seqq.* Leonin. §. *Emend.* 1. *n.* 33. *et seqq.* Jo. Garsia *de Expens. Cap.* 23.

igitur cogatur eos compensare, cum compensatio tantum sit ejus quod quisque debuit? *L.* 1. *D. de comp.* Ne igitur ratio non fallat, bene superiore cautione huic dubitationi occurritur. Ne nos superior ratio moveat. Nam etiam quæ peti non possunt, si vel natura debeantur, veniunt in compensationem, *L. etiam*, *D. de comp.* In proposito autem, qui fructus possessori quæsiti per se neque ab eo peti possunt, neque etiam simpliciter ab eo debentur natura, hi tum facto ejus ad præstationem natura deberi incipiunt, cum impensarum deductio cœpit ab eo postulari. In hac enim deductione postulat possessor, ne petitor lucrum faciat ex impensis suis. Hæc vero postulatio inducit vice mutua adversus ipsum hanc æquitatem, ne ipse quoque lucrum faciat ex re petitoris; aut si facere postulat, debitæ utrinque præstationis compensatio admittatur. Utcunque enim fructus ex re aliena percepti possessoris fiunt, lucrum tamen sunt quod ex re aliena percipitur. Quod si æquum putat possessor impensas a se factas sibi restitui, quia hoc lucrum petitor a se habeat: patiatur et hoc jus adversus se valere, ut quod lucrum fecit ex re petitoris, id ei vice mutua desideranti restituat. Hæc illa est æquitas naturæ Prætoris edicto sancita, ut quod quisque juris in alium statuerit, ipse eodem jure utatur, *L.* 1. *D. quod quis. jur.*

XXVIII. Postquam quæ impensæ deduci possint tenemus, et in iis quæ non possunt deduci, ubi fiat potestas ejus quod positum est tollendi: reliquum est in hac omni potestate, ut videamus qua via horum utrumque possessor consequatur. Et quod hic de sumptibus deducendis dixero, idem de altera potestate intelligetur. De sumptibus sic Papinianus in *L. sumptus*, *D. de rei vind. Sumptus in prædium quod alienum esse apparuit, a bonæ fidei possessore facti, exceptione doli posita, per officium judicis æquitatis ratione servantur.* Exceptione in hanc rem sic possessor utitur, dum is non oblatis a petitore sumptibus rem petitam retinet, donec hi sibi præstentur; dominum autem contra pergentem vindicare, exceptione summovet: hoc declaratur in *L. sin autem*, §. *ult. D. de rei vind. L. si quis sciens*, *L. si in area*, *C. eod.* Idque est quod alibi dicitur, has impensas per retentionem rei petitæ servari, *L. si in area*, in fin. *D. de cond. ind.* Exceptio in eam rem est doli mali, eo quod possessor dicat petitorem ita rem vindicantem dolo facere. Recte dolo; quia æquitatis ratio postulet ne quis locupletior fiat cum jactura alterius, *L. nam hoc natura*, *D. de cond. ind.* Dolo autem petitur quidquid contra æquitatem naturalem petitur. Atque hinc etiam doli exceptio, *L.* 1. *D. de dol. exc.* Ita fit, ut qui sumptus exceptione doli mali per retentionem servantur, iidem serventur æquitatis ratione, quæ hanc exceptionem et retentionem inducit. Frustra hæc exceptio ad sumptus servandos, nisi hanc admittit et ratam præstat officio suo judex. Sequitur ergo, quod juste postulatum effectum possessori dat, officium judicis; ut vere dicturi simus, in exceptione superiore et hujus exceptionis æquitate esse caussam, propter quam sumptus servari debeant; in officio judicis vim et modum, per quem ea exceptione admissa serventur. Officium autem judicis in hac re tale est, ut ille sumptus prius æstimet, eorumque summam certam constituat: deinde superiorem doli exceptionem secutus possessorem ita condemnet, rem quidem si habet, ut eam restituat redditis prius illi sumptibus ita æstimatis, ut modo dixi, *d. L. sumptus*, in fin. Si rem non habet, ut deducta ea summa quanti sumptus æstimavit, possessorem in reliquam litis æstimationem condemnet. Qualis condemnatio indicatur in *L. in fundo*, in fin. *D. de rei vind.*

XXIX. Hactenus ergo servandi impensas in rem petitam factas certa ratio possessori in hac exceptione, et rei retentione. Quid, si hac omissa possessor simpliciter condemnatus rem restituerit, aut præstiterit litis æstimationem: an impensas postea nihilominus petere poterit? Et, ut intelligatur ad impensas istas servandas unam viam esse per exceptionem et rei petitæ retentionem: nullam autem eo nomine actionem esse: de eo ita constanter scribunt veteres. Negat Papinianus in *d. L. sumptus* eas impensas a domino peti posse, tantumque unam exceptionem doli relinquit qua serventur. Julianus autem in *L. si in area*, in fin. *D. de cond. ind.* multo apertius ita scribit, nullo alio modo quam per retentionem impensas servari posse. In eandem plane sententiam Paulus in *L. Paulus*, *D. de dol. mal. et met. exc. Respondi*, inquit, *eum qui in alieno solo ædificium extruxerit, non alias sumptus consequi posse, quam si possideat, et ab eo dominus soli vindicet: scilicet opposita doli mali exceptione.* Et ne quis hæc de impensis utilibus tantum dicta accipiat, de impensis necessariis loquitur Julianus in *d. L. si in area:* loquitur enim de eo qui fulserat insulam hereditariam, sine qua impensa insula aut peritura erat,

aut deterior futura: atque hanc impensam necessariam esse definimus. Scribit tamen illic Julianus, eum qui id fecisset, nullo alio modo quam per retentionem eas impensas servare posse. Quæ cum tam diserte scripta sint, apparet nullo modo audiendum fuisse Martinum, qui horum sumptuum petendorum nomine utilem saltem negotiorum gestorum actionem dedit: ut refert Accursius ad *L. plane, de her. pet. L. in fundo, D. de rei vind.* Nam si est hoc nomine ulla actio vel utilis, possunt hi sumptus alio modo servari quam per retentionem et exceptionem: quod nostri illi negant. Si est aliqua actio utilis, sumptus peti utiliter et efficaciter possunt, *L. actio, D. de neg gest.:* peti autem negat Papinianus, et ut omnem actionem ab eo removeri intelligamus, solum exceptionem relinquit. Et vero ita certius statuetur nullam hic actionem esse, si cur nullam esse dicant intelligemus Id autem earum actionum quæ hic potissimum esse possunt, remotio declarabit. Omnino si qua hic actio sit ad impensas repetendas, necesse est aut esse negotiorum gestorum, quasi negotio domini gesto, cum in rem ejus impensum est; aut condictionem indebiti, quasi re non deductis impensis restituta, plus solverit possessor quam debuit. Non potest hic esse negotiorum gestorum actio; quia qui rem tanquam suam possidens in ea tanquam sua ædificat aut quid aliud impendit, negotium suum gerit, non (6) alienum: qua ratione etiam denegatur ei repetitio in *L. domum, C. de rei vind.* ut et generaliter omnibus, qui non sunt hoc animo, ut quid ab alio repetant, *L. 4. D. de neg. gest.* Condictionem indebiti esse non posse disserit Julianus in *d. L. si in area, de cond. ind.* et probat ideo, quod qui non debitam pecuniam solvit, hoc ipso aliquid negotii gerit cum eo cui solvitur. In eum enim pecuniam confert, et ille a solvente pecuniam accipit. Cum autem res sua cum ædificio et similibus impensis in rem factis restituitur domino, nullum hic negotium cum domino geritur: quoniam dominus in re recipienda nihil hic ab alio, aut de alieno accipit, sed quod suum est, recipit jure suo: ædificium autem in ea positum ne sic quidem accipit a possessore, sed quia soli proprium factum erat, eoque et domini, ideo et id tanquam suum et velut a re sua sibi traditum occupat: quæ et ratio redditur in *L. si quis sciens, C. de rei vind.*

XXX. Hic tamen nonnulla objiciuntur. Primum *L si pupilli, 6. §. sed etsi quis, D. de neg. gest.* ubi ei qui ad negotia et res alienas gerendas accessit deprædandi caussa, si quid circa eas res utiliter impenderit, tribuitur eo nomine adversus dominum negotiorum gestorum actio. Sed utrum quis ad res alienas tanquam alienas accesserit, an tanquam suas occuparit, multum interest. Qui ad alienas tanquam alienas accessit, hoc ipso negotium alienum esse confitetur, etsi hinc lucrum facere, et res ad se revocare cogitat. Qui tanquam in suo ædificat, negotium suum gerit, non alienum: quam ipsam ob caussam jam dixi ipsi etiam malæ fidei possessori, qui rem alienam se possidere non ignorabat, denegari sumptuum utilium petitionem, in *L. domum, C. de rei vind.* Objicitur præterea *d. L. domum* ubi de necessariis impensis ita verba sunt: malæ fidei possessores ejus quod in rem aliena impenderint, non eorum negotium gerentes quorum res est, nullam habere repetitionem, nisi necessarios sumptus fecerint. Quæ exceptio aperte hanc significationem habet, si possessores malæ fidei, necessarios sumptus fecerint, saltem in his eos repetitionem habere. Quanto ergo magis habituri sunt bonæ fidei possessores? Et omnino hæc superiorum verborum significatio est: sed non idcirco hinc continuo colligas, possessorem ad eos sumptus consequendos ultro habere actionem. Nam petendi et repetendi verbum commune est, quo generaliter omnis postulatio significatur. Itaque pertinet tam ad eum qui per exceptionem postulat sibi quid præstari, puta, qui petit sibi præstari impensas prius

(6) Ita et Gomez. *in L. Tauri* 46. *n.* 2. quia qui bona fide sumptus fecit, tanquam in re propria, non habuit animum alterum sibi obligandi, ideo nec potuit sibi quærere actionem. Et immo vix est, ac ex summa æquitate, ut detur retentio pro impensis in alieno solo factis, quæ naturali ratione soli dominium sequuntur Leonin. 4. *Emend.* 1. *n.* 50. Quare fatuus qui rem restituit, non receptis impensis, Moller. 1. *Semest.* 30. Datur autem retentio, quousque expensæ taxatæ, et solutæ. Quæ taxatio, etsi non ita cito expediri queat, non idcirco possessio victo auferenda, nec si victor offerat satisdationem, nisi moram fecerit reus in prosequenda judicati exsecutione, et sumptibus declarandis, Anton. Fab. *in Cod. suo hoc tit. de R. V. de fin.* 15. Si tamen liquidatio, perplexitatem habeat et difficultatem, cautionem fidejussoriam sufficere vult Leonin. *d. C.* 1. *n.* 46.

quam rem restituat, quam ad eum qui ultro agendo aliquid petit. Hoc quidem posterius proprie et in usu juris fere semper: sed tamen ita ut verbum priorem quoque significationem admittat, si minus proprie, admittat tamen. Unde et reus in exceptione actor esse dicitur, *L. 1. D. de excep.* Quarum ambiguitas sit in verbo, hæc ex aliis locis certis explicanda est, et ita locus interpretandus ut malæ fidei possessores necessariæ impensæ repetitionem quidem habeant: sed suo modo jure civili cognito; per retentionem videlicet et exceptionem, non autem per actionem ubi omissa fuerit exceptio. Id lex interpretationis jure civili recepta exigit. Nam primum in ambigua voce legis ita præcipitur eam interpretationem capiendam esse quæ vitio caret, *L. in ambigua, D. de legib.* Ea autem caret vitio, quam aliæ leges admittunt; ea vitiosa nec capienda, quam alii loci repudiant. Deinde de iis legibus quæ ulla in re aliis derogare videri possunt, hæc lex posita est in *L. præcipimus*, in fin, *C. de ap.* ut quidquid novis legibus specialiter non est expressum, id veterum legum constitutionumque regulis relictum intelligatur. Huc etiam pertinet quod dicitur, leges priores ad posteriores, et posteriores ad priores trahi: scilicet ut aliæ ex aliis interpretationem ducant. *L. non est novum*, *et 2. seqq. D. de legib.* Postremo objicitur *L. ult.* §. 1. in fin. *C. de pet. her.* ubi si quid possessor aut petitor hereditatis solverit creditoribus, placet non tantum eum id consequi posse eodem judicio per exceptionem et deductionem officio judicis; sed etiam, si postulatio eodem judicio omissa sit, esse ei qui solvit negotiorum gestorum actionem aut condictionem ex lege. Sed nibil hunc locum obesse non difficile intelliget, qui observarit de quibus impensis nobis institutus sit sermo. Nos de his impensis agimus, quæ in rem petitam factæ sunt, non quæ extra rem collatæ sunt in personam petitoris. Et de illis nominatim oratio concepta est in *d. L. domum*, *C. de rei vind. d. L. sin autem*, §. *ult. d. L. sumptus*, *D. eod.* quales sunt videlicet, si quid quis ædificarit, severit, plantarit in alieno solo: cujus generis rursum exempla cum iisdem locis, tum etiam aliis in eandem sententiam constitutis leguntur, ut *L. si quis sciens*, *L. si in area*, *C. de rei vindic. L. si in area*, *D. de cond. ind. L. Paulus*, *D. de dol. ma. exc.* Has, inquam, impensas ita in rem factas nullo alio modo possessor servare potest, quam per rei petitæ retentionem, opposita doli exceptione. Longe diversa caussa est, si quid possessor solverit petitoris creditoribus, quo facto petitorem liberaret: ubi scilicet impensa non in rem petitam confertur, sed in personam petitoris. Quæcunque ejusmodi impensa est, qua quis nulla necessitate solvendo debitorem liberat, is eo nomine adversus debitorem liberatum habet negotiorum gestorum actionem, *L. 3. C. de neg. gest.* Itaque non modo hanc habebit possessor hereditatis, qui solutione sua heredem liberavit: sed etiam rerum singularum possessor, qui rei petitæ quæ pignori obligata erat liberandæ causa solverit domini creditori: cujusmodi impensa proponitur in *L. emptor* 65. *D. de rei vind.* Differentiæ ratio non est explicatu difficilis. Nam qui in rem alienam impendit, dum quid eorum facit quæ supra diximus, nihil facit quo dici possit negotium domini gerere. Nam ab initio quidem, dum tanquam in re sua ædificat, negotium suum gerit, non alienum. Tunc autem eum rem cum ædificio restituit, ideo non potest dici gerere negotium petitoris aut ullum negotium cum eo contrahere, quia hoc facto nihil in petitorem confert, ac ne ædificium quidem. Id enim dominus tanquam suum jure rei suæ occupans, non a possessore, sed a re sua accipere intelligitur, *d. L. si quis sciens*, *C. de rei vind. d. L. si in area*, *D. de cond. ind.* Qui autem solutione sua debitorem liberat, is jam ab initio in eum confert liberationem, quam ille non aliunde quam a solvente accipit. Quam ob caussam utiliter in rem debitoris impendens, aperte hoc facto jam ab initio ejus negotium gerit: ex quo etiam necesse est esse negotiorum gestorum actionem. *L. 2. D. de neg. gest.*

XXXI. Dixi de damno præterito, cujus nomine indemnitas a possessore postulatur; in quo sunt superiores impensæ. Erat, ut proposui, et damnum futurum, quod possessor ex re petita restituta juste metuat, quod item hoc judicio postulet a se amoveri. Id quale sit, et ubi hujus quoque damni nomine indemnitatem possessor recte postulet, et qualem consequatur, reliquum est ut videamus. Id ergo damnum quod possessori ex re petita metuitur, duplex est. Nascitur enim possessori aut ex obligatione qua is propter rem petitam obstrictus est; aut ex conditione rei petitæ, cujus æstimationem possessor condemnatus pertulit. Quacunque obligatione sese obstrinxerit possessor propter rem petitam, non dubium est quin ex ea paratum sit illi damnum re etiam restituta, dum eo nomine conventus præstare cogetur id ad quod erat obligatus. Sed

non omnem hanc obligationem præstare debet petitor: verum eam dumtaxat quam propter rem petitam necesse habuit possessor subire; quam eandem scilicet dominus, si possideret, suscipere cogeretur. Id enim rei damnum est: quod propterea æquum est ad dominum rei pertinere. Hujus generis obligationes duæ sunt. Una, cum possessor propter ædes petitas vitiosas damni infecti cavere vicino coactus est. Altera, judicati; quæ hoc modo incidere potest, ut possessorem etiam re restituta teneat, si possessor separatim a duobus actione in rem conventus, deinde ab uno prius victus restituere ei cogatur: cujusmodi species proponitur in *L. pen. D. de her. pet.* et *L. is a quo*, 57. *D. de rei vind.*: aut si is a quo servus petebatur, cum quo etiam ejusdem servi nomine ab alio furti agebatur, prius victus sit a petitore, ut ei servum restituere debeat. Quæ species extat in *L. a quo*, 58. *D. de rei vind.* Quanvis enim in utraque specie victori rem restituendo possessor omni actione et obligatione judicati quæ cum illo intercedebat, liberetur: tamen superest adhuc altera obligatio judicati, qua possessor alteri actori propter eandem rem obstringitur. Atque harum obligationum utraque, ut apparet, necessario propter rem petitam possidenti suscepta est. Jure ergo petit possessor utriusque periculum sibi a petitore amoveri, prius quam rem petitam restituere cogatur. Quod et placuit. Et quoniam præsens hic periculum non est, sed fieri potest ut possessor sequenti actori non condemnetur: potest etiam fieri, ut damnetur; ideo hujus periculi amovendi hæc ratio est, non ut solvatur jam nunc possessoris nomine quod nondum constitit eum debere: sed ut officio judicis cautione petitor medeatur victo, ut est in *d. L. pen. D. de her. pet.* hoc modo scilicet, ut petitor (7) caveat possessori his rebus recte præstari; id est caveat, si quid eo nomine aberit possessori, se id recte præstaturum. Quorum prius in cautione damni infecti a possessore exposita fa-

(7) Et ita duobus rem eandem diversis judiciis vindicantibus, etsi secundum motum, priore necdum finito sed pendente, qui prior sententiam obtinet executionem quoque. Nec restitutio inde impeditur, quod alterius jus nondum discussum aut actio finita, modo cautionem victor præstet, ut *d. L. pen. d. L.* 57 Petr. Barbosa *ad L. si alienam* 11. ipsi 12 *D. Sol. matr. n.* 15. Covar. *Pract. QQ. Cap.* 16. *n.* 3. Castillo *Contr. quotid. C.* 9. Coler. *Decis.* 112 *n.* 1. Et præstita cautione, est necessitas secundo petitori prosequendi eandem instantiam cœptam cum possessore primo, ut vult Castillo *d. loc.* Quod si lata sententia quæ vires judicati sortita est, lis de eadem re moveatur ab alio, nec exsecutio differenda, nec cautio præstanda, Castillo et Covar. *dd. loc.* Quia nec lis jure tunc moveri potest adversus victum qui propter sententiam non potest haberi pro possessore, sed adversus victorem in quem possessio mox transferenda, translata habetur arg. *L. pen. de test. mil.* Barbosa *d. n.* 13. Covar. *d. loc.* testans de communi. Nam etsi dicat novus petitor interesse sua ne fiat exsecutio, aut possessio transferatur in duriorem adversarium, sibi tamen imputet cur non prius egerit contra priorem possessorem, Covar. *d. loc.* Minus dubii habet quod Virgil. Pingicz. *Q.* 37. tradit, non caveri possessori de indemnitate, si in futurum quis venerit prætendens deinde rem esse suam Merito. Non tantum, quod judex solicitus esse non debeat de iis quæ postea contingere possunt, quo ille movetur, quam quia et sine cautione in omnem casum indemnis est possessor a quocunque postea conveniatur, quia dum judicis jussu restituit, sine dolo possidere desiit. Quid autem si lite dominii inter C. et S. vertente, T. se eodem judicio opponat, petetque removeri Cajum a petitione, eo quod res sua sit? Etsi non desint qui hic quoque dispositionem *d. L.* 57. vigere volunt, si tamen T. pendente judicio (nam si sententia finitum, novo judicio opus) et ante conclusionem caussæ interveniat, sententia pro C. ferri non posse, nisi Titii jure discusso; adeoque restitutionem ita impediri, nec cautioni locum esse, sentit post alios Barbosa *d. loc. n.* 16. *et seq.* et Cast. *d. n.* 9. Quia etsi hic oppositor vice actoris, quatenus rem suam esse judicari petit, ut ea ratione locus *d. L.* 57. videri posset: tamen quatenus una removeri Cajum a vindicando petit, eidem exceptionem intentionis, quod sua non intersit, vel ei non sit actio objicit: qua ratione prius judicium differtur; nec nisi cognito de hac exceptione definiendum, Barbosa *d. n.* 1. Verum contrarium firmius adstruitur a Covar. *Pract. QQ. C.* 14. *n.* 4. et Fachin. *Contr.* 5. processum caussæ litisque examen retardari arbitrio tertii intervenientis non debere. Quin inter C. et S. lis determinanda, citra læsionem juris Titii, nec si is inchoato judicio serius veniat, exspectandum petitori, donec hic caussam suam instruat, quippe illi, his remoris interjectis, fieri posset injuria. Ad hæc, si ejusmodi prætensio tertii non remoratur exsecutionem sententiæ latæ, unde majus præjudicium gigni videtur, minus sistet cursum judicii, sententiamve ferri impediet, Covar *d. loc.* add. Jo. Petr. Surd. *Decis.* 335. *Lib.* 2. Jure Sax. *d. L.* 57. non obtinet, verum lite de eadem re a duobus mota, res judici postulanti servanda traditur vel a possessore retinetur, donec uterque de jure suo inter se decertaverint, eademque postea restituitur vincenti. Laud. *Lib.* 1. *Artic.* 15. *et* 41. *Diff. jur. civ. et Sax.* 19 *n.* 11. *et* 12. *P.* 1. Coler, *Dec.* 112. *n.* 2.

ciendum esse traditur in *L. ipsi.* 19. *D. de rei vind.*, posterius velut interpretationis vice in *d. L. a quo,* 58. *D. eod.* Et notandum, cautionem petitoris in hac re talem esse debere, ut ea cautione recte prospectum sit reo. Ideo modo legimus possessori in hac re prospici debere cautione, vel satisdatione, ut in *d. L. pen. de her. pet. d. L. is a quo, D. de rei vind.* modo simpliciter illi cavendum esse, ut in *d. L. ipsi, de rei vind.* modo etiam illi satisdandum. Quæ res nos admonet alias nudam cautionem sufficere, alias exigi etiam satisdationem. De quo statuendum est ex personæ petitoris qualitate. Nuda cautio sufficiet, si petitor aperte sit dives. Satisdatio exigetur, si petitor sit pauper, aut alioqui suspecta persona.

XXXII. Nascitur et possessori ex conditione rei petitæ damnum, quod ille futurum in ea re juste metuat, cum is condemnatur in litis æstimationem ob id quod rem extantem quam dolo aut culpa desiit possidere, non restituit. Atque hinc damni hujus, et metus caussa. Constat enim litis æstimationem quæ pro re petita præstatur, emptionem facere. (8) *L.* 3. *D. pro empt.* ubi scilicet possessor rem retinens pro re pecuniam præstat: scimus autem ubi pro re pecunia præstatur, emptionem esse, *L. naturalis* 1. *resp. D. de præs. ver.* Cui consequens est secundum legem communem emptionis et venditionis, ut si petitor rei dominus fuit, possessor item dominus fieri debeat, atque adeo re tradita dominus fiat: si non fuit, saltem petitor evictionis nomine obligetur, *L. ex empto.* in pr. *D. de act. empt.* Hinc ergo circa dominium ejus rei pericula quædam, de quibus juste dubites, an ea petitor amoliri reo debeat. Unum in re præsente: duo in re (9) absente. Si res præsens est, cujus æstimationem possessor sustinuit et petitor rei dominus fuit, non dubitatur de dominio, quin id statim ad possessorem transeat, *L. ejus,* 46. *L. hæc si, seq. D. de rei vind.* Nec quia hic traditio rei non intervenit, ideo ea res obstat dominii translationi. Hoc enim ipso quod res apud possessorem est, et dominus patitur ex sententia judicis eam apud possessorem pretio accepto manere, satis pro tradita habetur, nec alia traditio ad dominium transferendum est necessaria. *L. qua ratione*, §. *interdum. D. de acq. rer. dom.* Sed fieri potest, ut petitor dominus non sit: quo sane casu non potuit dominium transferre qui non habuit. *L. traditio*, *D. de acq. rer. dom.* Atque hinc periculum illud quod dixi: id autem est periculum evictionis. Cum ergo hæc aliquando possit exsistere, quæritur an non petitor possessori de evictione cavere cogendus sit rei nomine cujus æstimationem accepit, et hoc illi periculum isto modo amovere; cum dixerimus hic emptionem contrahi, cujus ex natura est ut præstetur hæc cautio, *L. ex empto,* in pr. §. *venditorem, D. de act. empt.* Et placet petitorem possessori de evictione cavere non cogendum: sibi enim possessorem imputare debere qui rem non restituit: hoc in *L. et ex diverso,* 35. §. *petitor, D. de rei vind.* Et recte. Nam cum possessor rem dolo non restituit, apparet non voluntatem petitoris, sed possessoris factum et injuriam huic emptioni caussam dedisse. Ratio juris dictat hoc factum auctori nocere debere, non adversario. *L. factum cuique*, *L. non debet alteri, D. de reg. jur.*

XXXIII. Quod si res aberit cujus æstimatio a possessore præstita est, hæc non prius fit ejus quam possessionem nactus fuerit ex voluntate actoris, *d. L. hæc si res*, 47. *de rei vind.* Ut enim maxime intervenerit ejus rei emptio; dominium tamen nisi traditione domini secuta non transfertur, *L. traditionibus, C. de pact.* Interim hæc pericula duo objiciuntur possessori victo: unum, ne petitor postea nolit rem tradere. Alterum, quod dum possessor dominus non est, non potest rem ab aliis possessoribus vindicare, iisque auferre. Hinc rursum duplex quæstio ad utrumque periculum amovendum accommodata. Una, an petitor cavere debeat de re tradenda. Altera, numquidnam petitor, dum res abest, debeat possessori actionibus suis cedere ad rem persequendam. Quorum de utroque ita placuit: In traditione quidem rei, non cogi petitorem cavere se rem traditurum; neque enim rem persequi debet ut tradat: sed cavere debere (10) per se non futurum quominus res tradatur, *d.*

(8) Et similibus *ad d. L* 3. a Goth. sub. notatis fuse Jo. Bapt. Asin. *Tr. de Exsecut.* § 7. *Cap.* 170. Tiraq. *de Retr. lign.* §. 1. *Gl.* 14. *n.* 20. Quo de alibi.

(9) Rem præsentem et absentem exponit Accursius, quæ in potestate emptoris est vel non est. Sed Cujac. 4. *Obs.* 3. præsentem dici, quæ in præsentia et oculis est contrahentium; absentem contra. Atque ita in *d. L.* 46. *et seq.* absentem exponit A. Fab. 75. *Err. Prag.* 3. *et* 4. inde firmans, constituto possessorio, non transire possessionem.

(10) Ne alias actor, litis æstimatione percepta impedire possit, ne possessor unquam

*L. hæc si res*, 47. *de rei vind.* Semper enim dolus abesse debet a petitore. Dolo autem facit petitor, si velit rei æstimationem habere, et id agat ne res ad possessorem perveniat. In actionibus autem cedendis distinguitur; ut si quidem possessor culpa non fraude possessionem amiserit, huic desideranti petitor actionibus suis (11) cedere debeat, *L. si culpa*, 63. *D. de rei vind.* Sin desiit dolo possidere, banc quoque doli pœnam ferat, ne actur ei actiones quas eo nomine babeat, sive ea in rem actio est sive Publiciana, præstare cogatur, *L. is qui dolo* 69. *et L. seq. D. eod.*

dominus fiat, si consentire nolit ut ejus possessionem novam reus apprehendat. A. Fab. 75. *Err. Prag.* 3.

(11) Sed et non cessis actionibus, Prætor auxilium laturus, etiam ipso priori actore possidente *d. L.* 63. id est Publiciana actio ei succurrit, quam et adversus ipsum petitorem exercebit. Non autem datur vindicatio directa, quia etsi videatur emisse, non tamen dominus est ante apprehensam possessionem, *d. L.* 67. Cujac. 10. *Obs.* 6. *et in Papiniano ad d. L.* 63.

## CAP. VIII.

### Reliquarum in rem actionum brevis descriptio, singularum rectam institutionem, vim et potestatem compendio indicans.

*Transitio. Actiones alias in rem omnes petitioni hereditatis et vindicationi esse maxime affines.* I.

*Compendiaria descriptio actionis confessoriæ et negatoriæ, ejusque partium.* II.

*Item actionum trium præjudicialium; ejusque partium.* III. IV.

*Esse actiones in rem præjudiciales.* V.

*Fine tamen atque exitu nonnihil dissimiles. Qui harum proprius finis.* VI. VII. et seq.

*Tales unde dictæ; plenior harum cognitio unde petenda.* VIII.

*Actiones in rem prætorias aut de universitate esse, aut de rebus singulis.* IX.

*Esse inter priores petitionem hereditatis possessoriam et fideicommissariam; utramque re et effectu eandem cum civili.* X.

*Inter posteriores Emphyteuticariam, superficiariam, Publicianam, Servianom. De singulis obiter, et de propria cujusque sede.* XI.

*Actionem rescissoriam quam vocant, et aliam de pignore prætorio: utramque in superiorum genere censeri.* XII.

I. His de petitione hereditatis deque rei vindicatione plenius et quantum cujusque actionis natura postulabat expositis, exemplar informatum habemus, quod in reliquis actionibus in rem ad rectam earum institutionem sequamur: ne forte, ut proposuimus, necesse sit singulas separatim diligentius persequi. Mutata enim re de qua agitur, et mutato actoris jure, similia prope omnia in cæteris reperiemus. Sic enim earum conditio est, ut quibus de rebus illæ competent, iis dentur quorum eæ res sunt, quorumve ad jus pertinent: competant adversus eosdem earum rerum possessores, competant de his ipsis rebus certis: finem autem et exitum judicii fere eumdem habeant per omnia, nempe ut quale jus nostrum esse in his intendimus, primum id tale esse declaretur sententia judicis; tum deinde pro eo jure res petita nobis cum omni caussa restituatur; adversus non restituentem autem tanti lis æstimetur a judice quanti quæque res erit, aut vere, aut jurejurando actoris æstimata. Quæ res facit, ut quæ de possessoribus cum quibus agitur; de certitudine rei petitæ; de restitutione rei et omnis caussæ, quidquid ea contineatur; deque litis æstimatione superioribus Titulis dicta sunt, eadem prope omnia et ad cæteros qui sequuntur pertinere, atque in his jam exposita esse intelligantur. Sed quoniam non omnium eædem ad agendum caussæ sunt, nec quæ hic communia diximus, in omnibus usquequaque similiter servantur; melius et certius id totum, quod dixi, quale sit, brevi enumeratione et descriptione singularum assequemur.

II. Ergo ex iis actionibus, quæ de rebus vere nostris extra personam positis competunt, reliquæ erant actiones in rem de rebus singulis incorporalibus: eæ autem sunt servitutes. De his actiones in rem duæ sun ; confessoria, et negatoria. Confessoria, de servitute quam nostram esse intendimus. Negatoria, quæ verbis servitutem deberi negans, vi ipsa libertatem rei nostræ vindicat. ut prior quidem sit servitutis vindicatio, posterior autem nihil nisi vindicatio

libertatis. Quo intellecto, eadem opera intelligimus, quasi servitus et libertas res essent exstantes, quas vindicaremus: sic re mutata, eandem hic propemodum rei vindicationem esse quæ de rebus nostris corporalibus, proinde et hic totidem partes rectæ institutionis. Itaque confessoria competit ei qui servitutem suam esse, et ut in re corporali se tanquam servitutis dominum esse intendit. Competit adversus eum qui eam servitutem possidet; sed genere possessionis rei incorporali conveniente: adversus eum scilicet qui nobis ejus servitutis controversiam facit, nos ea servitute libere uti prohibet, sic enim prohibendo facit, ut servitutis usum auferendo ipsam servitutem velut detineat. Competit de certa servitute ea de qua agitur. Finis et petitio judicii itemque exitus pro rei qualitate idem qui in rei vindicatione; nempe ut servitus per sententiam declaretur esse actoris: hoc modo asserta ei restituatur etiam cum fructibus. Tantum hic restitutio quæsita est, quæ et ipsa rei conveniret. Sic autem convenire visa est, si duo hæc præstaret reus quibus de servitutis usu prospectum esset actori: primum, si quid fecit quo servitutis usum prohiberet, ut id jam nunc tolleret in præsentia: tum vero in futurum tempus caveat per se non futurum quo minus actori deinceps ea servitute libere uti liceret. Quæ et duo hic exiguntur a reo, in quibus et restitutio servitutis posita est. In negatoria actione libertatis vindicatio totidem locis comprehensa est. Competit nimirum ei qui se servitutem debere negans, hoc ipso rem suam a servitute liberam esse intendit: uno verbo libertatem rei suæ vindicat. Competit adversus ejus libertatis velut possessorem: eumdem illum videlicet, qui nobis hujus juris facit controversiam, qui nos nostra libertate uti non sinens, eam quodammodo libertatem detinet, dum prohibet ne integra ad nos perveniat. Competit de libertate rei nostræ non qualibet, sed ea quam adversus servitutem cujus fit controversia, nobis defendimus. Finis et petitio eadem, ut res nostra declaretur libera ab ea servitute quam sibi sumit adversarius: sic deinde libertas rei nostræ nobis restituatur. Restitutio in iisdem rebus posita, ut si quid reus fecit quo libertatem rei nostræ minueret, id deponat: tum in futurum ut caveat per se non fieri quominus deinceps re nostra libere utamur. Hæc strictim de utroque genere diximus, non quod non pleraque essent horum generum, et quidem in superioribus, quæ et sua confirmatione et fusiore explicatione indigerent: sed quia utrumque genus a nobis plenius expositum est in argumento de servitutibus. Quod illic conjunctim fecimus consulto, quia sine suis actionibus servitutes aut intelligi aut explicari posse non videbantur. Servitutis enim vis omnis in usu consistit, *L. via D. de ser.* Hic autem usu nisi suis illis actionibus defenditur, nullus est.

III. Atque hæ actiones in rem sunt de rebus vere nostris, sed rebus extra personam positis. Quasdam esse diximus de rebus quidem nostris, sed rebus in persona positis, id est ad statum personæ pertinentibus. quo in genere proditæ sunt eæ actiones quæ (1) præjudiciales appellantur, de quibus scripsi fusius ad §. *præjudiciales, Inst. de act.;* nunc ut pro loco summam breviter perstringam. Præjudiciales actiones sunt quibus agitur inter aliquos de alterutrius statu, dum aut unus in alterius persona sibi aliquid juris vindicans ejus statum oppugnat, aut contra impetitus ab altero adversus eam oppugnationem defendit suum. Nomen ex re cum sit, id quale sit tum poterit intelligi, cum quæ sint hæ actiones, et quid petant cognitum fuerit. De re ergo prius videamus. Et hic status personæ, quo nomine hujus generis actiones constitutæ sunt, triplex est; unde et harum actionum totidem genera: libertas, ingenuitas, jus familiæ. De libertate agitur inter duos, quo-

(1) De his quædam exactiora subnotare nunc supersedeo, cum de quibusdam nondum satis liqueat, nec quid certi constituerim. Adire potes Rævar. 1. *Var.* 18. *et Libb. duob. de Præjud.* (ubi *Lib.* 1. *C.* 12. pudendi erroris et absurditatis insimulat nostros qui omnes actiones quibus status conditionisque quæstio tractatur, præjudiciales statuunt. Quam vere, alii interim viderint) Coras. Hot. Mudæ. Hortens. et Vult. *ad d.* §. 13. *l. de act. idem.* Vult. *ad* §. 1. *l. eod. n.* 6. *et seqq. et Disc. scholast. C.* 3. Goth. Anton. *Disp. Antivult.* 3. *Th.* 32. *et seqq.* Duar. 2. *Disp.* 2. Loriot. *de jur. Arte Tr.* 3. *de Consanguinitate Ax.* 6. *et* 6. *seqq.* Cujac. 5. *Obs.* 37. Mercer. 2. *Opin.* 21. P. Fab. 1. *Semestr.* 25. Reiner. Bachov. 1. *Misc. Disp. C.* 2. *P.* 14. *et seq.* Itemque ad praxin materiæ Tiraq. *de Nobil. C.* 37. *n.* 1. *et seqq. ac de Jure primigen. Q.* 17. *Opin.* 1. *n.* 27. *et seqq.* Menoch. *Recup. Remed.* 9. *n.* 35. *et seqq.* Gutierr 1. *Pract. Q.* 25. Nicol. Carbon. *Practicæ Lib.* 2 *C.* 9. *et Lib.* 3. *Cu* 3. Robert. 2. *Rer. judic.* 17. *ac seq.* Virg. Pingicz. *Q.* 43. P. Frider. *Lib.* 2. *de Mandat. judic. C.* 52. *etc.* De possessoriis præjudicialium Wes. *Cons.* 44. *et Cons. Marpurg* 32. *Vol.* 3.

rum unus alterum servum suum, et se ejus dominum esse dicit: alter contra se servum negans liberum esse contendit. unde quæstio judicii propria, an is qui servus dicitur, liber sit an servus. In quo genere mutuæ sunt actiones proditæ, et domino servum suum, qua se servum negat, ultro vindicanti; et libero qui servus dicitur, ultro in libertatem proclamanti. Dominus si ultro agit, in eo actionem confessoriæ similem: si agit ultro is, qui servus dicitur, tum in eo ex adverso actionem negatoriæ similem agnoscas. Eo ergo agente qui se dominum dicit, sic actio est. Competit domino servitutem quam in alterius persona suam esse dicit, vindicanti. Competit adversus eum quem in servitutem petit, qui se liberum esse dicens, atque hoc modo servitutis suæ controversiam faciens, eam servitutem tanquam domino eripit, ereptam tenet. Competit de hac ipsa servitute, ac propter hanc de servo ipso. Finis judicii hic unus, ut qui se dominum servi dicit, declaretur dominus, et simul is cum quo agitur, ejus servus. E converso agente et in libertatem proclamante eo qui servus dicitur, sic actio ejus futura est, ut tanquam, quo de servitutibus rerum negatoria uteretur, sic ei competat libertatem sibi asserenti adversus eum qui se dominum dicens ejus libertatis controversiam facit, atque ita quodammodo eam libertatem detinet: competat de ea ipsa libertate asserenda: finis et petitio sit hæc sola, ut qui se liberum esse intendit, liber pronuntietur. De ingenuitate agitur inter duos, quorum unus se alterius patronum, et eum libertum suum esse dicit: alter utrumque negans se ingenuum esse contendit. Unde quæstio hujus judicii summa, an qui libertus dicitur, libertus sit an ingenuus. Ubi rursum, cum unus sibi jus patronatus tanquam servitutem quamdam in eo quem suum libertum dicit, vindicet: alter autem se libertum negans sibi contra vindicet ingenuitatem tanquam libertatem ab eo jure; apparet, uter istorum aget, actiones hic futuras superioribus similes, illi quidem velut confessoriam, huic autem tanquam negatoriam: tantum ut res utrique actori ad obtinendum proposita servetur. Itaque jus patroni sibi vindicanti erit actio quæ competat patrono, sic adversus eum qui libertus dicitur et se libertum negans actori juris sui controversiam facit, actio de hoc ipso jure patronatus: finis et petitio, ut qui agit pronuntietur patronus, qualem se esse intendit. Contra vero ingenuitatem asserenti erit actio, quæ competat ingenuo: competat adversus eum qui se patronum dicens hunc statum agenti detrahit: competat de hac ipsa ingenuitate: finem autem et petitionem communem hanc habeat, ut qui agit, sicut se ingenuum dicit, ita et pronuntietur ingenuus.

IV. De jure familiæ non quolibet præjudicialis actio est, sed de jure filii in quo quæritur inter aliquos, utrum unus alterius filius sit necne. Hujus generis actionum præjudicialium duæ sunt species. Una qua mulier soluto matrimonio agit cum marito aut patre mariti de partu a se edito, quem illa justum et legitimum partum esse contendit, maritus ex se natum negat. Ideo agit mulier ut partus declaretur legitimus, et talem maritus agnoscere cogatur. Unde hæc species dicitur de partu agnoscendo. Altera species est, qua agitur inter patrem et filium ipsum, dum aut pater filium suum esse intendit, qui se filium ejus negat vel contra; aut filius illum suum patrem esse intendit, qui se patrem negat, vel contra, ut exposui in *d. § præjudiciales*. In quibus quis agat, adversus quem, qua de re, qualem se in jure patris aut filii declarari postulet is qui agit, cujusve nomine agitur, apparet.

V. De his actionibus duo hæc statuimus: in rem eas esse; sic tamen in rem, ut sint eædem et præjudiciales. Quorum prius quam verum sit, quia dubitationem habet: posterius quid valeat, breviter cognoscendum est. Sunt vero actiones præjudiciales superiores actiones in rem. Declarat definitio actionis in rem: cujus hæ sunt notæ duæ non dubiæ, ut sit in rem actio, per quam rem nostram quæ ab alio possidetur, petimus: et semper adversus eum est qui possidet *L. actionum. D. de obligation et action.* Horum utrumque convenit actionibus præjudicialibus. Sunt igitur et hæ ex definitione in rem actiones. Sic autem convenire ex his quæ diximus planum fit. Nam in superioribus actionibus dominus cum servo agens servum suum esse intendit; patronus jus patronatus suum esse in liberto: pater filium suum esse dicit, et ad familiam suam revocat. E converso qui servus dicitur, sibi libertatem contra vindicat; libertus adversus patronum ingenuitatem: filius familiam patris sibi arrogat, aut hujus repudiando aliam familiam suam esse dicit, eamque sibi asserere cogitat. Hactenus igitur in omnibus qui agit, de re sua agit, quam et sibi vindicat. Eædem sunt adversus eos, qui juris alicujus superioris in judicium deducti actori controversiam faciunt; faciendo, ut dixi,

velut adimunt, ademptum detinent. In quo pro possessoribus habentur: ut hactenus quoque sint superiores actiones adversus possessorem: similiter ut confessoria et negatoria ideo adversus possessorem servitutis aut libertatis nostræ esse dicuntur, quia sunt adversus eum qui earum nobis controversiam faciens eas res tanquam detinet. Sunt igitur, ut proposui actiones præjudiciales actiones in rem: quippe de rebus nostris ad statum personæ pertinentibus.

VI. Non tamen in rem per omnia. Ideo a Justiniano in §. *præjudiciales*, *Inst. de act.* dicuntur actiones præjudiciales in rem esse videri, non autem esse absolute. Et recte. Sunt enim maxima et excellentiore ex parte, ex qua tanquam præcipua non male simpliciter dicantur in rem esse: sed non sunt in rem in totum, ut quidem sunt eæ quas proprie in rem dicimus. Finis actionis interest. Nam actionum in rem quæ proprie ita dicuntur, finis duo continet quæ et illæ persequuntur, et sententia judicis obtinet. Primum ut res quam petimus, nostra esse declaretur. *L. et ex diverso*, §. 1. *D. de rei vind. L. sicut.* §. *sed si quæritur, D. si ser. vind.* Alterum, ut re isto modo nobis asserta, sic deinde nobis restituatur, aut condemnetur possessor quanti res erit aut vere, aut jurejurando actoris æstimata, pro ea distinctione, quæ traditur in *L. qui restituere, D. de rei vind.* Et quidem hujus restitutionis condemnationisve obtinendæ caussa potissimum actiones in rem comparatæ sunt. *L. officium d. L. qui restituere, de rei vind.* Hic finis est in actionibus præjudicialibus dissimilis. Hæ priorem partem habent;(1) posteriorem non agnoscunt, vel potius posteriore destituuntur. Et sane in superioribus præjudicialibus omnibus animadvertere potuimus id agi, ut qui se dominum, patronum, patrem dicit; aut qui se dicit liberum, ingenuum, filium, talis pronuntietur sententia judicis. Sed cum hoc factum erit a judice, non sumus progressi longius, ut quidquam adjiceremus de restitutione juris petiti, aut ejus cum quo agitur condemnatione. Scilicet quia hic consistitur, nec ulla petitur restitutio rei petitæ, eoque nec ulla sequitur condemnatio adversus eum cum quo agitur, quasi non restituerit quod restituere jussus non est. Id præjudicii verbum postea cognitum facile ostendet. Nunc satis sit ad eam rem auctoritas Theophili, qui in *d.* §. *præjudiciales* præjudicialem actionem esse dicit formulam intentione sola constantem, quæ de ea quidem intentione in judicio sententiam desideret, sed sine condemnatione. Recte sine condemnatione, ubi nulla est condemnatio qua jubeatur reus quidquam restituere, aut pro re non restituta ullam æstimationem præstare.

VI. Quo ergo istæ actiones? aut quid refert aliquem dominum, patronum patrem, filiumve alterius esse vel non esse pronuntiato, si nihil ei restituatur neque de jure petito, neque juris petiti nomine? Et certe ad jus petitum nihil refert: ad commoda obtinenda quæ ex eo jure nascuntur, refert plurimum: in quo est finis summus et propria utilitas harum actionum. Præjudiciales actiones eo spectant ut, cum de jure actoris in his pronuntiatum fuerit, actor præjudicium partium habeat, quo utatur in omnibus commodis quæ quandoque postea ex eo jure asserto nascentur, si quando de his inciderit controversia vel inter easdem personas vel inter alias. In hac, inquam, controversia superius judicium et superior sententia, de his ipsis commodis præjudicium faciet, ut prius pronuntiatum tam hic sequi oporteat, quam si prius nominatim de hac ipsa controversia judicium factum esset. Exempli caussa: patroni et juris patronatus commo-

(1) Convenit Hortens. *ad d.* §. 13. Justa, inquit, dubitatio an sint actiones, cum ita agens nec vindicet quid, nec sibi dari oportere intendat, sed se liberum, ingenuum, sui juris; vel adversarium servum, libertum, filiumfamilias esse. Nec ulla hic restitutio unquam aut condemnatio scilicet ad restitutionem. Sed postquam actiones videntur *L.* 57. *de O. et A.* utri generi propiores? Actioni in rem utique, quia per eas sequuntur ipsam personam quam intenditur servum, libertum etc. esse vel non esse, tanquam rem actoris. Longius absunt a personalibus, quia servus, filiusfamilias, libertus nil eo nomine debent, cum in istis potestas omnem obligationem civilem impediat, et libertus operas etiam debeat ex jurejurando non jure patronatus etc. ita Hortens. Sane in liberalibus judiciis vindicias secundum libertatem vel servitutem datas fuisse legimus *L.* 2. §. 24. *de O. J.* vid. Hot. 2. *Obs.* 9. Turneb. 30. *Advers.* 35. Quo ipso actioni in rem ea accedere patet. Quicquid contra nitantur Bodin. *Distrib. jur. pag.* 41. Vult. *Disc.* 3. *et ad* §. 1. *n.* 6. *et seqq. et ad* §. 13. *I. de act.* Val. Guil. Forst. *Tractat. Justin. P.* 2. *Disp.* 1. *Th.* 3. *lit. B.* et Arumæ *Exerc. Justin.* 18. *Th.* 8. Nam etsi non vero dominio, tamen jure quodam in rem et quasi dominio nituntur, Gifan. *ad d.* §. 13. *et ad L.* 25. *de O. et A. n.* 6. *et* 7. dominio nempe juris, unde comparatæ vindicationibus corporalium rerum, videntur in rem, Bachov. 1. *Misc. Disp.* 14. *pag.* 15. Pluribus Guth. Anton. *loco cit. supra Not.* 1.

da hæc sunt. Libertus patrono debet honorem, obsequium, operas, etiam successionem patrono ejusque liberis. Finge patronum cum præjudiciali actione egisset adversus libertum, pronuntiatum esse ejus liberti patronum, atque hic judicium quievisse. Quandoque postea patronus vel liberi pro jure suo operas liberto, aut ejus successionem petent, non licebit adversariis dicere: tu patronus non es: non debentur ista tibi, idque probare parati sumus. Quod semel pro patrono inter legitimos contradictores judicatum est, perpetuo pro eo valebit in iis controversiis quæ de commodis ejus juris nascentur, iisque præjudicium faciet. Item, inter patrem et filium, aut inter maritum et uxorem cum præjudicio ageretur, qui filius dicebatur, etiam filius pronuntiatus est. Filii jus et commodum est inter cætera, ut sit is patri defuncto heres. Dicemus, patre isto quandoque mortuo, filium hunc hereditatem ejus recte vindicaturum ab omnibus possessoribus; et si possessores contendant illum filium non esse, ut sic efficiant defuncti hereditatem ad eum non pertinere, actorem ad illos repellendus satis præsidii habere quod semel cum patre agens filius ejus pronuntiatus est. Hanc enim pronuntiationem in reliquis controversiis ad jus filii pertinentibus præjudicium facere adversus omnes personas, qui ejus status filio controversiam facient.

VIII. Hoc constituto, jam illud potest sciri cur hæ actiones dicantur præjudiciales; quod alterum hic quærebamus, neque prius intelligi potuit, quam superioribus cognitis. Nempe ergo in rem sunt, ut simul sint in rem præjudiciales: sic dictæ, ut intelligatur eas non restitutionis alicujus obtinendæ caussa comparatas esse, ut sunt illæ quæ proprie et omni ex parte in rem sunt: sed comparatas esse solius præjudicii superioris parandi caussa. Qua ratione recte dicuntur præjudiciales ex fine harum actionum proprio, similiter ut quæ rei persequendæ caussa comparatæ sunt, dicuntur rei persecutoriæ; quæ pœnæ persequendæ gratia, pœnales. Hæc præjudicialium actionum dilucida summa est. Cætera ex commentario petentur: si illud addiderimus, quod supra in divisione actionum in rem attigi, præjudiciales actiones in usu juris easdem uno verbo dici præjudicia, *L. actionis, D. de obl. et act. L.* 1. §. 1. *D. de rei vind.* ne quid forte ista nomina nos fallant, cum occurrent. Ut aliud genus actionum hic statui putemus.

IX. Reliquæ sunt in rem actiones de rebus non nostris, sed quasi nostris, aut alioqui ad jus nostrum pertinentibus, quæ omnes sunt prætoriæ. Quarum item ut superiorum duo genera esse diximus, quasdam enim esse de universitate, idest hereditate quam petant; quasdam de rebus singulis.

X. De universitate et hereditate duæ sunt; (3) possessoria hereditatis petitio, et petitio hereditatis (4) fideicommissaria; sic enim de his sui Tituli sunt distincti in Pandectis contra tenorem juris Romani...

(3) Quam sane P. Greg. 46. *Synt* 7. *n.* 5. non prætoriam sed civilem esse contendit; utilem ex sententia legis. Quia, ait, prætor non actionem dat, sed dando facultatem succedendi actionem communicat et veluti ad eos quos facit quasi heredes, prorogat. Verum quod prætoria sit cum nostro Oldendorp. *Class.* 5. *Act.* 6. Nicol. Carbon. *Practicæ practicar. Lib.* 1. *C.* 4. *n.* 20. Val. Guil. Forst. *Tract. Just. P.* 2. *Disp.* 3. *Th.* 1. Satisque revincitur P. Greg. ex *L.* 1. *D. h. t. de poss. her. pet. pr.* 1. *de perp. et temp. act.* ibi *quales sunt eæ etc.* Daturque hæc omnibus bonorum possessoribus exceptis Carbonianis L. 3. §. 13. *de Carbon. edicto* ubi ratio. Cujac. *in Par. h.* statim atque eam bonorum possessionem intra præfinita tempora agnoverunt, Oldend *d. loc.* Etsi autem illa agnitio annalis vel 100. dierum, hæc tamen petitio quæ non datur nisi utili jure hereditatis jam quæsito, perpetua *d. §. l. de perp. et temp. act.* Wes. *ad tit. C. de pet. her. n.* 8. Nec possessorium hoc judicium ita ut interdicta, sed petitorium Old. *d. Act.* 6. *p.* 858. Et nunc quoque possessoria recte vocabitur, cum lege municipali alicui defertur successio, contra tenorem juris Romani, Oldend. *ibid. et in Tabula actionum pag.* 1204. item cum ex bono et æquo ei qui jure summo non admittitur, ut Jo. Meischner. *Lib.* 1. *Decis. Cam.* 9. *n.* 6.

(4) Quæ datur ei cui verbo tenus solum restituta hereditas, quæ restitutio idem præstat quod heredi civili aditio, Oldend. *Cl.* 5. *Act* 7. Ubi autem re ipsa restituta antea amissa possessio, intentanda rei vindicatio, Old. *ibid.* Nam etsi fideicommissarius ut et bonorum possessor sint quasi (et ut vulgo utiles) domini hereditatis seu universitatis, possunt tamen esse veri (et directi) domini rerum singularum quæ de hereditate, Sarmient. 3 *Selec. Interpr.* 1. *n.* 29. Confer *supra Lib.* 7. *C.* 14. *N.* 4. Et hæc quoque Prætoria per L. 2. *h. t. et collocat. tituli et L.* 1. v. *post civiles tit. praced.* Nam etsi de restituendis fideicommissis Senatusconsulta Pegasianum et Trebellianum caverint; de actione tamen rerum persequendarum, si ab aliis detinerentur, nihil iis expressum, sed id Prætori curæ fuit, Oldend. *d. loc.* Nec placet, quod Wes. *ad t. C. de pet. her. n.* 11. vult bodie esse civilem post exæquationem fideicommissorum cum legatis. Neque

dectis. Illa bonorum possessoribus prodita tanquam justis heredibus: tales enim habentur bonorum possessores jure prætorio, *L. 1. D. de poss. her. pet. §. quos autem. Inst. de bonor. poss.* hæc iis quibus ex fideicommisso restituta est hereditas: qui et ipsi vice heredum habentur, translatis in eos ex S. C. Trebell. actionibus *§. restituta. Inst. de fid. her. L. 1. D. de fid. her. pet.* Ac de bonorum possessionibus deque fideicommissariis hereditatibus earumque acquisitione, ex qua bonorum possessores et fideicommissarii appellantur, suis locis diximus. Quo cognito, jam ipsa actio his prodita per se expedita est: ut non sit in ea tanquam in nova aliqua actione laborandum. Utcumque enim his actio datur sejunctim a justis heredibus, datur tamen hereditatis petitio, illa ipsa videlicet quæ jure civili justis heredibus; ut perinde et in (5) his eadem intelligenda sint, quæ in illa civili. Idque est quod de his actionibus veteres dicunt, per has nos tantundem consequi, quantum superioribus civilibus actionibus consequi heres potest: et has actiones eadem recipere, quæ hereditatis petitio civilis *L. 2. D. de poss. her. pet. L. 2. D. de fid. her. pet.* Jam vero de illa civili satis ante dictum est.

XI. De rebus singulis non nostris, sed ad jus nostrum pertinentibus quatuor sunt in summa in rem actiones jure prætorio constitutæ, quot sunt res scilicet quas ad jus nostrum pertinere, et ad id revocari æquitate suadente prætores voluerunt: Emphyteuticaria, Superficiaria, Publiciana, Serviana, seu hypothecaria. Quarum et ipsarum non minus expedita ratio est, quam superiorum; si prius constituerimus quibus hæ actiones dentur, et qua ex caussa. Nam hoc constituto, cætera in his actionibus sunt rei vindicationis, illius ipsius quæ supra a nobis exposita est, et quam veris dominis competere diximus. Sic ergo breviter hæc genera se habent. Emphyteuticaria in rem actio est quæ emphyteutæ competit de agro emphyteutico seu vectigali. Quis sit emphyteuta, quod jus emphyteuticum, quis ager vectigalis seu emphyteuticus, ex iis petendum est quæ scripsimus de jure emphyteutico. Quod hujus juris proprium est, sic emphyteuta quandiu pensionem constitutam solvit, pro domino habetur, ut ei tanquam domino detur in rem actio, *L. 1. 2. D. si ag. vect. vel emph. pet.* Est igitur hic cæteris partibus eadem illa in rem actio et rei vindicatio, quæ supra a nobis est exposita. Superficiaria in rem actio est quæ superficiario de superficie competit. Est autem superficiarius, qui in alieno solo superficiem, idest ædes, certa pensione constitutam habet: sic describitur in *L. in speciali, 73. in fin. et L. id est. seq. D. de rei vind.* Et hic quandiu pensio constituta solvitur, in ædibus superficiariis pro domino est. Quam ob causam et ei de superficiariis ædibus in rem actio datur a prætore, *L. prætor. 75. de rei vind. L. 1. D. de superf.* de quo jure et nos proprio Titulo supra diximus. Quidni vero dicamus et huic tanquam domino in rem actionem dari, qui etiam dominum ipsum in ædibus, ut emphyteuta in fundo summoveat? Unde et ei dicitur actio in rem dari sub eo ipso titulo in quo de actione in rem quæ dominis datur, agitur, id est sub titulo de rei vindicatione: nempe ut eandem istam actionem superficiario positam esse intelligamus, per quam tantundem consequatur, quantum dominus civili actione. Publiciana in rem actio sic appellata ab auctore (6) Publicio, a quo primum in edicto proposita est, competit de re bona fide possessa, quam quis ex justa caussa bona fide accepit et necdum usucaptam petit: quæ caussa actionis a me pluribus exposita est *ad §. namque, Inst. de act.* Huic justæ possessioni tantum tributum est a prætore, ut qui ita possidere cœperat, dum ne agat adversus dominum rei, summoveat omnes alios possessores, adversus quos pro domino habeatur, proposita ei ad eam rem superiore actione. Quæ plane rei vindicatio est (7) eadem quæ, mutata persona actoris et agendi caussa, domino

enim illi in fideicommissis universalibus locus, vid. *supra Lib. 8. C. 2. N. 11.* De hac actione vid. et Raudens. *Decis. 28. n. 136. ac seq.* et Menoch. *Adip. poss. Remed. 4. n. 188. etc.*

(5) Quare et hæ bonæ fidei, Don. *ad §. 28. I. de act. n.* 38. contra quam Jo. Bap. Plot. *de in lit. jur. §. 25. n. 10.*

(6) Qui Prætor fuit cum Marco Junio, Cicer. *pro Cluentio*, Cujac. 19. *Pauli ad Edict. in L. 2. hoc tit.* Vult. *ad Rub. C. de R. V.* quod sit actio honoraria *L. 1. h. t.* petitorii judicii *L. 7. §. 2. h.* qua petimus rem jure quasi dominii nostram a possessore restitui. Aliter Vult. *d. loc. n.* 8. Hot. *ad d. §. 4. in fin.*

(7) Et omnia hic eadem, nisi expresse aliud statutum, Sneidvin. *ad d. §. 4. n.* 27. Qui et *n. 54. et seq.* in quibus hæ actiones conveniant, in quibus differant exponit, et Myns. *ibid. n. 49. et seqq.* add Vult. *d. loc. n. 9. et seqq.* Oldend. *Class. 3. Act. 3. Q. 6.* Vital. 1. *Var. Lect.* 25 *n. 3. et 4.* Plane et hæc petitoria est, non possessoria *L. 7. §. 6. h. t.* Maranta *Speculi P. 4. Dist. judicio 7. n.* 1 Et datur pro quasi do-

competeret. Inde dictum ab Ulpiano in *L.* 7. §. *in Publiciana*, *D. de Public. in rem actio.* in Publiciana actione eadem fore quæ et in rei vindicatione diximus. In quo tamen si quæ dubitationes incident, quæ non paucæ occurrunt sub titulo de Publiciana in rem actione, breviter discussas a nobis reperiet ad *d.* §. *namque. Inst. de act.* Serviana seu hypothecaria est, quæ creditori datur de rebus pignori hypothecæve obligatis, §. *item Serviana. Inst. eod.* Serviana dicta a Prætore a quo proposita est: hypothecaria a re, de qua agitur. Est enim de pignore quod creditor non possidet: quod genus proprie dicitur hypothecæ. Quid sit pignus et hypotheca, quomodo constituantur hæc creditoribus, et suo loco supra diximus et ad *d.* §. *item Serviana.* Scripsimus autem ex professo in Commentario de pignoribus, ubi et de hac actione quod satis est disseruimus. Quod ad hunc locum pertinet, satis erit de hoc genere actionis moneri, constituto superiore jure pignoris creditori, ex quo sit ista in rem actio, hanc actionem reliquis partibus nihil aliud esse quam rei vindicationem, eandem quæ domino competeret adversus omnes eosdem possessores videlicet, adeoque adversus dominum ipsum et eodem fine atque eodem exitu judicii. Nam et hic id agitur ut possessor rem pignori obligatam creditori restituat: ac nisi restituit, eadem adversus eum condemnatio et litis æstimatio est: usque adeo, ut adversus contumacem reum hic quoque lis æstimetur per jusjurandum in litem. Sic hujus actionis descriptio est in *L. si fundus.* §. *in vindicatione*. *D. de pig.* plane eadem cum illa quæ traditur in rei vindicatione, in *L. qui restituere*, *D. de rei vindic.* Ita superiorum quatuor actionum caussa propria cognita, quæ ex ea parte quæ est de jure rerum nostrarum, intelligitur; simul sub uno exemplo rei vindicationis singularum natura, vis et potestas est exposita.

XII. Neque vero plures sunt in rem actiones principales quam superiores. Nam quod Justinianus ad eas prætorias quas dixi esse de rebus singulis, duas adiecit, unam in §. *rursus ex diverso*, alteram in §. *item si quis in fraudem*, *Inst. de act.* non sunt hæc nova genera actionum, sed superiorum generum species ideo separatim positæ, quia erant obscuriores, nec satis ad priora genera pertinere videbantur. Quæ proponitur in §. *rursus*, rescissoria est quæ de re nostra per caussam injustæ alienæ usucapionis amissa competit. Sed hæc vetus est in rem actio quæ prius domino competebat, non nova. Hic enim rescinditur primum usucapio a prætore: qua rescissa, tum deinde domino sua actio restituitur: nempe illa quam prius habuit: de qua hoc consequitur beneficio prætoris ut iterum eam salvam et integram habeat. Sane si rescissionem et restitutionem prætoris, quæ præcedit hic spectamus, origo hujus actionis nova est et hac de caussa actio ad prætorias pertinet. Sed si, omissa ipsa actione restituta, istam originem spectari placet, species ad in integrum restitutiones referenda est, ubi et collocata est in edicto perpetuo, et a nobis exponetur. Nunc de iis actionibus agimus, quæ sine in integrum restitutione competunt. Alteram ille proponit in §. *item si quis*, quam vulgo dicunt esse Paulianam. Quæ quidem si esset, fateor longe hic diversam a cæteris actionem statui. Sed dilucide eo loco mihi probasse videor (8) Paulianam illic accipi non posse, non tantum propter conditiones a Justiniano illic positas quæ Paulianæ non conveniunt; sed etiam quia constat Paulianam esse in personam; cum ibi Justinianus profiteatur se proponere actionem in rem. Ostendi autem describi illic a Justiniano actionem in rem competentem de pignore a magistratu creditoribus constituto, quod nostri uno verbo prætorium pignus appellant; de quo est Titulus *C. de prætor. pign.* Atqui de eo pignore, non alia est actio, quam hypothecaria, cujus supra mentionem feci. Est enim hypothecaria, cum sit de omni pignore, generis nomen cujus species sunt, quæ de pignore conventionali, quæ de legitimo, quæ de judiciali competit, item et quæ de prætorio. Ac cæteras species Justinianus ad genus hypothecariæ retulit in §. *item Serviana*, *Inst. de act.* de prætorio pignore separatim

minio quod medium locum obtinet inter possessionem qua validius, et proprietatem qua imbecillius est, Tavard. *ad* §. 3. *I. de ac.* *n.* 3. Et ad instar proprietatis respicit *d.* §. 5. quia non habet, instar ejus prætoriæ, in rem actionem quæ undam possessionem avocat ut hypothecaria, Cujac. *in Paulo ad L.* 2. *h. t.* Ideoque et arbitraria est, Cujac. 6. *QQ. Papin. ad L.* 14. *h. tit.* Menoch. 1. *Arb. Q.* 5. *n.* 6.

(8) Quod Donellus *ad. d.* §. 6. non frivolis argumentis firmare nititur. Quem sectatur Val. Guil. Forst. *Tract. Justin. P.* 2. *Disp.* 3. *Th.* 6. Occurrit ei ex parte Gifan. ad *L.* 25. *de O. et A. n.* 29. *et seqq.* et Anton. Matth. *ad d.* §. 6. Ego ne hic prolixior sim, litem hanc meam non facio. Vid. modo Just. Meier. *Endoc. Justin. Decade* 1. *Cap.* 3.

egit in *d. §. item si quis*. Cur ergo hanc speciem a genere distinxit, quæ non minus recte sub genere includi poterat quam cæteræ? Et certe non recte distinxisset, si æque constitisset etiam de pignore prætorio esse hypothecariam actionem. Nunc autem id non constabat. Quinimmo nec temporibus Justiniani esse videbatur, si quis creditor in possessionem rei servandæ caussa missus possessione excidisset. Primus Justinianus, omni dubitatione vetere sublata, hoc jus induxit ut esset creditoribus in possessionem missis prætorii pignoris non tantum retentio quandiu in possessione rerum essent, sed etiam, possessione amissa, in rem actio eadem quæ cæteris creditoribus de reliquo omni pignore. Quæ idonea caussa fuit Justiniano hanc speciem a genere secernendi, ut de ea jus idem quod in cæteris pignoribus antea dubium confirmaret. Et quid mirum, si Justinianus hoc fecit in illo Titulo Institutionum quem idem in Codice secutum videmus? Nam cum hypothecaria actio constituta esset generaliter creditoribus de pignore in *L. pignoris*, *C. de pig.* nihilominus postea separato titulo constituta est in rem actio de prætorio pignore sub eadem inscriptione.

———

## CAP. IX.

### De actione ad exhibendum.



I. Sed tot sunt, inquam, actiones in rem principales quot diximus, neque plures. Principales autem voco quæ propter se expetuntur, non propter alias quibus subserviant. Quod si non principales quærimus quæ ad alias dirigantur et ad quas viam muniant; restat etiam adhuc ex hoc genere (1) una in rem: de qua superest ut proinde superioribus adjungenda fuerit: sed etiam maxime propter superiores actiones in rem omnes comparata, quod constat *L.* 1. *D. ad exhib.* ut non debuerit alio loco quam hoc extremo pertractari: expositis nimirum principalibus et directis actionibus

(1) Quæ aditum ad illas aperit, unde vulgo præparatoria dicitur. Sich *ad Rub. C. h. t. n.* 1. *et ad L.* 1. *eod. n.* 1. Wes. *in Par. h. n.* 1. Goth. *ad L.* 1. *h. t.* Gœd. *ad L.* 22. *de V. S.* Regn. Sixtin. *Cons. Marp.* 13. *n.* 3. *Vol.* 1. Cagnol. *in Rub. Cod. de edendo n.* 4. ubi et in *seqq.* cur hæc materia in D. et C. post alias actiones reales expositas tractetur, plures sententias refert ac expendit. An autem principali actioni jungi possit vid. *infra N.* 28.

iis ad quas eam referri oporteret: sic enim directæ actiones, et directa judicia appellantur ad quæ illa refertur, *L.* 3. §. *ibidem, I. si quis*, 17. *D. ad. exhib.* Nec directa alia sunt quam, quæ iñ eadem re a nostris dicuntur principalia. Ut, actio Commodati, quæ recta commodatori competit, dicitur actio directa, et Cajo directum judicium in *L. in rebus*, §. *ult. D. com.* at eadem dicitur Paulo principalis in *L. in commodato*, §. 1. *D. eod.* Quia autem hæc actio longe in dissimili re atque superiores versatur, nascturque longe ex diversis caussis et alium judicii finem sibi propositum habet, ideo necesse est et de ea separatim dicere, uti in Pandectis et Codice factum est.

II. Sed quoniam omnis hæc tractatio nobis nascitur hoc loco ex eo, quod eam actionem putamus in rem esse, quod plerisque videri potest παράδοξον: de eo mihi initio paucis constituendum videtur, non tantum ordinis a me instituti caussa, sed etiam maxime quia ad materiam et usum actionis cognoscendum in primis pertinet. Non enim ad actionem recte instituendam parum refert utrum ea in rem sit, an in personam. Idque eo magis faciendum est, quod Ulpianus pene conceptis verbis videtur refragari, qui in *L.* 3. §. *est autem, D. eod.* scribit personalem esse hanc actionem. Non est autem ignotum sæpe in constitutionibus personalem actionem nominari quæ sit in personam, quæque actioni in rem opponatur, ut *L. distractis. C. de pig. L. ult. C. de obl. et act.* et nonnullis aliis locis. Ego autem sic satis ostendi ad §. 1. *Inst. de act.* hanc actionem in rem esse: quod nunc, quia locus postulat, planius faciam. Sunt ergo hujus sententiæ argumenta hæc (2) duo non dubia. Unum ex eo, quod actionis in rem proprium est et ita proprium, ut in aliam actionem non cadat. Id autem est, ut sit hæc actio semper adversus (3) possessorem, *L. actionum, D. de obl. et act.* id est ita comparata ut sit adversus aliquem, si possidet, aut quod idem valet, desierit dolo possidere: sin neque possidet neque dolo possidere desiit, cesset adversus eum hæc actio, *L. qui petitorio, D. de rei vind.* Qua ratione etiam dicta est in rem, quia scilicet sequitur rem, et propter rem ejus rei possessorem. *L.* 2. *C. si unus ex plu. her. cred.* Jam vero sic est actio ad exhibendum, ut sit et hæc adversus rei possessorem, ac si quis non possidet nec habetur pro possessore, non teneatur hac actione. *L.* 3. §. *ult. D. ad exhib.* de quo mox suo loco. Non dubium igitur ex definitione in rem actionis, quin et actio ad exhibendum sit in rem actio.

III. Alterum argumentum ex alterius generis remotione ducitur: estque ejusmodi, ut nihil adferri possit certius. Id tale est. Cum actionum duo genera tantum sint, in rem, et in personam, §. 1. *Inst. de act.* necesse est, si actio ad exhibendum in personam non est, in rem esse intelligi. Quidvis autem de ea actione dici potest potius, quam eam esse in personam. Est igitur in rem actio. In personam non esse tria liquido evincunt, singula ita propria actionis in personam, ut in qua actione desit unum, ea in personam esse non possit: multo minus, si in una aliqua desint omnia: qualis est ad exhibendum. Tria autem illa sunt, origo et caussa actionis in personam: perseverantia: ad heredes transmissio. Origo et caussa in personam actionis hæc est, ut sit actio ex obligatione. Proinde ex illis quatuor caussis ex quibus facto aliquo ori-

(2) Eodem modo noster ad §. 1. *I. de act. n.* 14. Cui fere consentit Bodin. *in Distrib. jur. pag.* 41. qui realem actionem triplicem facit: præparatoriam, possessoriam et petitorium. Priorique speciei hanc et tres alias subjicit, actionem realem sic definiens, quæ in rem vel rei caussa infertur. Verum in alia omnia alii omnes abeunt. Quos sequi tutius est, quod nempe vere hæc personalis sit, substantia vi et effectu, etsi scriptura in rem concepta, et ita personalis in rem scripta, Cujac. 9. *Observ.* 7. *ad* §. 1. *I. de act. et in Paulo ad L.* 12. §. *ultim. h. tit.* Coras. 1. *Misc.* 22. *n.* 10. Duaren. *de in lit. Jur. n.* 10. *et in Comm. poster. eod. tit. Cap.* 3. Sich. *ad Rub. Cod. hoc tit. num.* 3. Mynsin. *in* § *præterea* 31. *I. de act. n.* 46 *et* 48. Vult. *ibid. n.* 18. Oldend. *Cl.* 3. *Act.* 1. *O.* 2. Bellon. 2. *Supput.* 4. *n.* 3. *et* 4. *Supput.* 8. *n.* 2. Wesen. *Par. hoc tit. n.* 2. P. Frider. *Lib.* 2. *de Mand. jud. Cap.* 50. *n.* 40. Jo. Mauric. *de Restit. in int. Cap.* 21. *n.* 4. Gifan. *ad L.* 25. *de O. et A. n.* 20. *et seqq.* Gilman. *Lib.* 2. *Decis. Cam.* 52. *n.* 3. Ant. Fab. *C. suo h. t. defin.* 3. ubi a judice laico contra clericum hanc exerceri, quia in rem scripta sit, tradit. Ac sane non petitur hac actione rem nostram vel jus nostrum nobis restitui, sed actor intendit facere reum oportere, nimirum exhibere, et ni faciat, id quod interest rem exhibitam esse præstari, Wes. *d. n.* 2. Nec quæritur hic de dominio aut jure nostro, cum et aliis quam in rem actionibus viam muniat, Gifan. *d. loc. n.* 2. Ad objectionem nostri resp. ut sequitur *N.* 3. *et* 4 *et seqq.*

(3) Resp. Gifan. *ad d. L.* 25. *n.* 25. illa duo ut contra possidentem detur, possidenti non detur, ita propria actionum in rem, ut cum aliis quandoque actionibus communicetur add. *supra Lib.* 20. *Cap.* 3. *N.* 2.

tur obligatio: contractu, quasi contractu, maleficio, §. 1. *Instit. de act.* Quod eam vim habet, ut cum quo nullus contractus aut quasi contractus intercedat, qui idem nec deliquerit quid nec quasi deliquerit, non possit adversus eum ex persona sua esse ulla in personam actio. Atqui actio ad exhibendum nullam ex his caussam habet; datur enim adversus eum qui possidet, hoc ipso quod possidet, qui in eo (4) neque contraxit neque quasi contraxit quidquam cum petitore, multoque minus bona fide possidendo quidquam in eo deliquit aut quasi deliquit. Quare non potest hæc actio esse in personam. Jam perseverantia actionis in personam ejusmodi est, ut qui semel hac actione teneri cœpit, is nullo suo facto possit liberari nisi solutione, quantumvis rem debitam sine dolo malo possidere desierit, *L. quod te, D. si cer. pet. L. si ex legati. L. si servum, §. videamus, D. de verb. obli.* Contraria porro caussa est ad exhibendum actionis. Si quis enim rem aliquam possidet, is propter possessionem incipit domino teneri actione in rem, ac proter vindicationem actione ad exhibendum, *L.* 1. *L.* 3. *§. est autem. D. ad exhib.* Idem tamen si sine dolo malo desinat possidere ante litem contestatam, post autem si etiam desinat sine sua culpa possidere, amplius (5) non tenetur, *L. tigni*, 7. *§.* 2. *L. Julianus*, 9. in pr. *D. eod.* Non ergo fuit actio ad exhibendum qua prius tenebatur, in personam actio. Restat actionis in personam transmissio: res jure ita hujus generis propria, ut omnes in personam actiones dentur heredibus; quod si etiam rei persecutionem continebunt, omnes pariter dentur in heredes, *§. 1. Instit. de perp. et temp. act. L. si pro, §. ult. D. de cond. furt.* At actio ad exhibendum, cum maxime rei persecutionem contineat, utpote rem persequens quæ nobis ex patrimonio abest, *L. in honorariis, D. de obl. et act.*, tamen neque heredi tanquam heredi, neque adversus heredem possessoris tanquam heredem datur: sed et illi suo nomine, et adversus hunc ita demum si ipse possideat, *L. de eo*, 12. *§. ult. D. ad exh.* Quapropter et hæc certa nota est hanc actionem non esse in personam. Quo posito, restat ut sit in rem, de quo quærebatur. Nisi quis forte inde dejectus ut audeat jam in personam esse dicere, eo delaba ur ut dicat esse mixtam tam in rem quam in personam. Sed ut quis concedat aliquas hujusmodi esse mixtas, quod non ita esse docuimus ad *§. 1. Inst. de act.*, tamen si actio ad exhibendum nihil habet actionis in personam, ut nihil habere eam modo ostendimus: ea profecto (6) mixta ex hoc genere

(4) Quid ad hoc? Quidam teste Olden. *Cl.* 3. *Act.* 1. *Q.* 2. nullum hic esse factum obligatorium fatentur, ideoque hanc actionem irregularem vocant. Quomodo et Hot. *in §.* 1. *I. de act. Enunc.* 6. esse hanc in personam nec tamen ex obligatione. Alii ex quasi contractu eam oriri, Sich. *ad Rub. C. h. t. n.* 3. Wes. *Par. h. t. n.* 2. Furst. *Tractat. Justin. P.* 2. *Disp.* 6. *Th.* 6. Alii ex quasi delicto ac contumacia non restituentis, Coras. 1. *Misc.* 22. *n.* 10. Gifan *ad L.* 25. *de O. et A. n.* 20. quod dolose facere videatur qui admonitus exhibere renuit. Sed etsi qui hanc exhibitionem negat, suspicionem fraudis præbeat, quod in animo habeat rem celare aut transformare ut judicium petitorium eludat, belle Oldend. *Cl.* 3. *Act.* 1. *intimatione actoris n.* 6. hæc tamen contumacia, fraus et suspicio, actione nata, non ordine naturæ modo sed et tempore posterior, proinde caussa statui nequit. Nam etsi fraudem inde æstimari velis, quod denunciatione conventus non ultro exhibuit, actio tamen jure habetur etiam antequam ad judicem eatur, et quod si recta ad judicem actor ire velit. Verius ergo Oldend. *d. Act. Q.* 2. obligationem hic ex æquitate summa procedere, ut quod mihi prodesse potest nec tibi nocere ullo modo, præstes *L.* 2. *§.* 5. *in fin. de aq. pl. arc.* Exhibet enim rem conventus sine ullo detrimento suo, cum si agentis non sit, nihil ipsi noceat, et Myns. *in §.* 31. *I. de act. n.* 47. Wes. *d. n.* 2. Frider. *Lib.* 2. *mand. jud. Cap.* 50. *n.* 11. Hinc æquitas exhibitionis *L.* 3. *§. pen. D. L.* 7. *C. h. t.* Quandoque et ex necessitate, ubi alias actio intendi plane non posset ut *infra n.* 14. Huc que refert Oldend. quod in *L.* 52 *§.* 7. *de O. et A.* ex necessitate nos obligari. Et ita puto. Ex strictis juris regulis nulla nec realis nec personalis ad hoc actio. Sed eas insuper haberi æquitas non naturalis modo *d. L.* 2. *§.* 5. (quæ et ipsa sæpe vel quæ inde est obligatio, lege assistente ad actionem efficax, vid. *supra Lib.* 12. *Cap.* 2. *N.* 15. *et C.* 4. *N.* 1.) efficit, sed et civilis ac publica utilitas *l.* 1. *h. t.* ut quisque expeditiori via suum consequi possit, nec fraude occultantis aut rem transmutantis, vel per rerum accidentem qualitatem jure suo privetur. Oldend. *d. Act.* 1. *pr.* Quid quod ipse noster, ut apparet ex *Lib.* 12. *C.* 4. *et* 5. partitionem illam caussarum obligationis pro perfecta non agnoscit? Denique, si ita quis scrupulose metiri rem velit, plerasque actiones in factum utilesque in personam subverti deprehendet.

(5) Resp. Liberatur, quia æquitas exhibitionis caussa hujus obligationis tunc deficit. Quod et interdictis pluribus commune est, uti et id quod sequitur.

(6) Quam quidam vulgo statuunt et Wes. *d. n.* 2. eodem errore quo alias in rem scriptas, vid. *supra Lib.* 19. *C.* 3 *N.* 1. *sub fi.*

dici non potest: ut solum hoc relinquatur, esse mere in rem actionem.

IV. Quid est igitur quod Ulpianus in *d. L.* 3. §. *est autem eod.* tam diserte scribit personalem esse hanc actionem? Significat id, quod de persona actoris, et possessoris in hac actione modo diximus; quisquis est cui propter actionem quam habet datur actio ad exhibendum; quisquis possessor adversus quem propter possessionem hæc eadem actio competit: in utroque actionem personæ cohærere, et persona sublata finiri, ut neque heredi detur, neque in heredes. Quod jam proprium est non actionis in rem actionem, sed ejus quæ in rem est. Sed quoniam personalis actionis verbum aliter quibusdam in locis usurpatur, et significat actionem in personam; superior interpretatio probatione indiget. Quæ sane longe petenda non est. Nam ut personalis actio interdum dicitur quæ est in personam: ita constat etiam in usu juris (7) personale dici omne, quod personæ cohæret et cum persona exstinguitur; quomodo servitus personalis dicitur in *L.* et *non solum,* 8. §. *tale, D. de lib. leg.* et beneficium personale in *L. quia, D. sol. matr.* ita videndum est in verbo ambiguo, utram ex his significationem sequamur. Priorem si liceret, acciperemus in superiore dicto Ulpiani, ut intelligeremus actionem ad exhibendum esse actionem in personam, non in rem. Verum hoc per jus non licet. Est enim sententia omnibus modis falsa, ut superiora ostendunt. Relinquitur igitur significatio posterior, quam hic amplectamur ex perpetua regula interpretationis quæ dictat, in ambigua voce legis eam significationem accipiendam esse quæ vitio caret, *L. in ambigua, D. de legib.*

V. Constituto genere actionis, deinceps qualis sit videbimus: si tamen prius attigerimus aliquid de actionis usu, idque ideo quia is nullus aut perexiguus videri potest; quod si esset re vera, non esset in reliquis partibus hujus actionis magnopere laborandum. Scribit quidem Ulpianus in *L.* 1. *D. eod.* hanc actionem perquam necessariam esse, et vim ejus in usu esse quotidiano. Sed titulus ipse refragari videtur. Actio est ad exhibendum. Est autem exhibere, rei in publico videndæ et tractandæ potestatem facere: rem totam conspectui subjicere, *L.* 3. §. *ait, D. de lib. exh. L.* 3. §. *quod si, D. de tab. exh.* Et quid prodest domino rei rem suam conspicere, ubi eam non auferat? denique quam habet utilitatem hic conspectus quem ex hac actione quærimus? Et fatendum est nullam habere, siquidem in conspectu rei exhibitæ consisteretur. Sed meminisse oportet ejus quod initio posuimus, actionem ad exhibendum per se solum nulli propositam esse, sed ei qui aliquam actionem suam exercere velit de re aliqua obtinenda, propter quam illum conspectum et exhibitionem rei desideret, sine quo actionem illam suam (8) exercere non possit, aut non possit utiliter, ut, præter ea quæ de caussa hujus actionis dicentur, indicat *L.* 3. §. *si mecum* in fin et maxime *L. Julianus* 9. §. *quantum, D. ad exh.* In quo manifesta utilitas hujus actionis perspicitur. Ideo dicitur hæc actio propter alias quidem actiones aliquot inducta esse, sed maxime propter vindicationes, *L.* 1. *L.* 3. §. *est autem, D. ad exh.* Nempe ut intelligamus, quod initio dixi, actionem ad exhibendum præcursionem quamdam esse quæ aliis actionibus principalibus subserviat: ad eas referatur aut fundandas, aut utiliter exercendas. Hæc utilitas, cum actionem hanc tribuat ei qui agit, quænam ea sit tum plane intelligetur cum dixerimus cui ea actio competat. Jam ergo, quod erat propositum, qualis sit quidve contineat hæc actio videamus; quod in iisdem illis quatuor positum est, quæ in omni actione recte instituenda quærimus. Cui competat; Adversus quem; Qua de re; Cujus rei gratia, quemque in eo fine exitum judicii habeat.

VI. Competit ad exhibendum actio longe diversis ex caussis, quam superiores omnes in rem actiones: illam superiores singulæ suas proprias et distinctas habent, neque una et eadem ex diversis caussis nascitur, ut ex unoquoque genere intellectum est. Actionis

(7) Ita et noster *ad* §. 1. *I. de act. n.* 14. Hoc refellit Gifan. *ad d. L.* 25. *n.* 28. quia eo modo rei vindicatio quoque recte diceretur personalis, quia nec heredi nec in heredem, unde confusio rerum ac verborum. Et immo *d.* L. 4. C. loquitur de actione in personam, sed quæ unum effectum habet actionis in rem, quod nec heredi nec contra heredem datur. Enimvero sui ipsi immemor est hic noster, qui *d.* L. 7. de in personam actione accepit *supra L.* 14. C. 29. *et seqq.*

(8) Hoc enim modo cognoscit actor rem suam esse per signa et argumenta, ut deinde in vindicatione exactius probare possit, Sich. *ad L.* 1. C. *h. t. n.* 1. Licet enim interrogatione explorari queat an reus possideat, *supra C.* 3, *n.* 10. non ideo hæc inutilis. Nam etsi dicat adversarius se possidere vestem nigri coloris, certus tamen non eris vestem tuam esse, nisi inspexeris. Old. *Cl.* 3. *Act.* 1. in *Practica p.* 292.

autem ad exhibendum multæ et variæ caussæ sunt, *L.* 3. §. 1. *D. eod.* Una tamen summa, quæ speciales istas omnes complectitur, ut competat ad exhibendum actio omni, cujus quacunque de caussa interest rem exhiberi, sitque hæc hujus actionis actori caussa, si quid ejus intersit ita fieri: sic de caussa hujus actionis traditur in *L.* 3. §. *sciendum, L. si liber*, 13. *L. penul. D. eod.* Sed hoc cujus intersit rem exhiberi et quatenus intersit, obscurius est et plerisque in caussis fallax: ideo eget explicatione. Quam ad rem adhibebimus definitionem Neratii velut superioris interpretem, quæ refertur in eadem *L.* 3 §. *si mecum*, in fin. et tanquam quæ hic eleganter rem explicet, commendatur ab Ulpiano ut intelligamus, ejus interesse rem exhiberi, quamobrem et actionem habeat ad exhibendum, qui justam et probabilem (9) caussam habet actionis alicujus, propter quam exhiberi sibi desideret.

VII. Qui justam istam caussam actionis habeant, propter quam sibi desiderent exhiberi, eorum duo genera sunt: ac proinde totidem eorum quibus competat hæc actio. Unum genus est eorum qui præsentem aliquam actionem habent, quæ nisi re de qua agitur initio exhibita, recte aut utiliter exerceri non potest: ut ad eam utiliter exercendam exhibitio sit necessaria.

VIII. Hujusmodi actiones, quas quidem in hoc numero a juris auctoribus habitas sub hoc titulo legimus, genere tres esse animadverto; actionem in rem, interdictum, actionem ex maleficio servorum.

IX. Actio in rem de re aliqua ei qui eam habet ea actione acturo simul tribuit ad exhibendum actionem. Nec interest quæ sit in rem actio, utrum rei vindicatio quæ domino competit, an (10) confessoria quæ competit de re fructuaria, an Publiciana de re bona fide possessa, an hypothecaria de re pignori obligata. Quisquis unam aliquam harum habet, ea acturo competit ad exhibendum, *L.* 3. §. *est autem. D. ad exhi.* ut bene scriptum sit in *L.* 1. *eod.* hanc ationem maxime inductam esse non propter unam aliquam vindicationem, sed propter vindicationes: quo verbo omnes in rem actiones continentur. Atqui hinc necesse est evenire illud quod traditur in *ead. L.* 3. §. *Pomponius.* ut si plures sint, quorum singuli unam aliquam actionem ex superioribus habeant, unus unam, alius aliam, etiam plures ejusdem rei nomine eodem tempore adversus eumdem ad exhibendum agere possint: veluti, si primus sit dominus rei, secundus usumfructum suum esse dicat, tertius possessionem suam esse contendat de qua acturus sit Publiciana, quartus pignoratam sibi rem affirmet. Adeo autem qui actionem aliquam in rem habet ad exhibendum agere potest, ut hic nihil intersit suo nomine quis eam habeat, an alieno propter eandem utilitatem. Itaque ad rem mobilem petendam datus procurator, ut nihil additum sit amplius, tamen ad exhibendum recte aget. *L. ad rem, D. de proc.* quasi et hoc cum actione in rem conjunctum sit, scilicet utpote sine quo utiliter in rem agi non potuerit. Quod si in vero procuratore qui mandato domini agit recipimus, etiam in eo qui pro libertate alterius nomine agat, recipiendum fuit: quoniam pro libertate agere licet alieno nomine etiam sine mandato, *Instit. de his per quos ag. poss.* Quod et placuit: idque est quod Paulus scribit in *L. de eo*, 12 in prin. *D. ad exh.* his verbis: *de eo, quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locum esse posse.*

X. Enimvero cum dicamus eum qui istas actiones habeat, non simpliciter ad exhibendum agere posse, sed ideo quia ad futuram actionem qua acturus sit, utile ei sit rem prius exhiberi: cumque adeo definitio summa de hac actione ita sit; ut nulli competat nisi cujus rem exhiberi interest, ut supra posuimus: non abs re hic substituitur quæriturque cui propter præsentem aliquam ex his, et jam ante quæsitam actionem liceat agere ad exhibendum, dum hoc dubitatur, quæ hic utilitas actori esse possit hujus exhibitionis. Non enim prima fronte hæc utilitas occurrit: sine qua tamen huic actioni non est locus. Quid enim dicemus? an in rem acturus aget ad exhibendum, ut in rem actionem habeat re exhibita? At eam actionem jam habet. An potius ad exhibendum aget ut, re exhibita cognita, scire possit postea in rem acturus rem designare: sine qua designatione in rem agi non potest? *L. si in rem*, 6. *D. de rei vindic.* At is qui hac actione agit, prius omnia nosse debet et dicere argumenta ejus rei de qua agitur, ut est in *L.* 3.

(9) Qui in justa vel probabili dominii aut alterius juris asserti vel prætensi caussa fundatus est, P. Frider. *Lib.* 2. *de Mand. jud.* C. 50. *n.* 4. Et duo principia ac fundamenta hujus actionis 1.° in actore ut ejus intersit 2.° in reo ut possideat, Sich. *ad L.* 3. *C. h. t.* *n.* 1.

(10) Non tamen vindicatio servitutis, eo quod solum in prædiis consistat, Cujac. *in Paulo ad L.* 10. *h. t.* vid. *infra n.* 24.

in princ. *D. eod.* Quid ergo est? Et fatendum est in iis, qui propter actionem in rem quam jam partem habent, ad exhibendum agunt, non hoc efficere exhibitionem ut re exhibita actionem habeant aut rem (11) designare possint, cujus designationem certam etiam ad actionem ipsam ad exhibendum adferre debent. Sed non circumscribitur his rebus exhibitionis utilitas. Etiam in specie certa, cujus corpus suo nomine et loco designare possumus, exhibitio duo hæc præstat; ut norimus res de qua agitur, cum oculis subjecta fuerit, qualis sit et quanta. Quorum prius habet hoc commodum ut, si res ab initio exhibitionis cognita sit esse integra, non possit postea deterior fieri, quia ex aspectu priore vitium sequens deprehendatur, quod possessor cogatur præstare. Ubi, si exhibitionem rei sustuleris, facile inter moras judicii poterit res fieri deterior, ut non agnoscatur vitium secutum: qua ex re etiam fiat, ut ut possessor talem rem præstando liberetur, eoque nec consequatur in rem actio quod petiit, rem videlicet integram. Posterius quantitate rei inspecta hoc adfert, ne quid de numero aut cumulo rei rerumve petitarum postea impune detrahatur: quod tamen contra facile factum est, si omissa initio rei exhibitione, quid tum fuerit in re latuerit. Quæ utilitas in his rebus nostris manifesta est: rutis cæsis; fimo quem in alieno congestum habemus; in nave nostra quam vis fluminis aut tempestas maris in alienum agrum detulit; in eo quod de ruina ædium nostrarum in alienam aream; in glande nostra quæ in alienum agrum decidit: quæ ideo species hic proponuntur a nostris, ut sint ei utilitatis exhibitionis, quam dicimus, exempla, ac propter hanc intelligatur actionem in rem in his maxime admittere actionem ad exhibendum. Id autem in his sic accidit. Ruta cæsa quæ sunt in ædibus venditis, quo verbo continentur omnia, quæ ædificio aut solo non cohærent, ea sunt venditoris nec sequuntur emptorem. Venditor ergo ea tanquam sua recte vindicat: vindicaturus recte prius ad exhibendum aget. Cui bono hæc exhibitio ante quam res recta vindicetur? Utilitas hæc est, quod nisi initio constiterit quantum sit in illis rutis cæsis tunc cum ea vindicari incipient, multa de iis inter moras judicii petitorii subduci poterunt ab emptore, ut tandem victus restituat minimam partem eorum quæ initio judicii fuerunt, quia dicat nihil amplius fuisse, et dominus de numero et qualitate omnium non possit probare: Adversus hoc periculum præmunimur actione ad exhibendum. Re enim per hanc actionem exhibita, conspectus declarabit quantum fuerit in his rutis cæsis ab initio: quo fiet, ne quid postea de his subducti possit impune. Idem in fimo nostro, aut alio quovis acervo qui sit in alieno, licet intelligere. Idem est in nave nostra quæ tempestate in alienum delata est. Nam si vindicatur, nec exhibetur ab initio, potest possessor directo judicio victus multa de ea mentiri: navem factam fuisse, tabulas aut navis partes non alias fuisse, quam quas nunc restituit, cum aut fuerit integra aut alia multo plura habuerit, quæ detracta subductave sunt a possessore. Exhibitio autem initio constituta hoc periculum amovebit, id præstans videlicet, ut sciatur qualis et quanta navis fuerit cum petitur, ne quid postea de ea detrahatur quod possessorem non teneat. Quod et in iis quæ ex ruina in alienam aream deciderunt, et in glande legenda intelligendum est. Et de unoquoque horum responsa exstant in *L. Celsus.* 5. §. 2. 3. 4. *L. Julianus*, 9. §. 1. *ad exhib.*

XI. Interdictum idem hic prestat quod in rem actio, ut si quis interdictum habeat de re aliqua, eo usurus si rem exhiberi desideret, audiatur, *L.* 3. §. *est autem.* §. *si mecum, eod.* Quod de iis interdictis intelligendum est, ad quæ exsequenda æque ut in vindicationibus necessaria est rei de qua agitur exhibitio, ne res scilicet initio non exhibita aut postea fiat deterior aut minuatur impune: ut fit in iis interdictis, quæ similiter ut in rem actio, de possessione (12)

(11) Non id quæritur hic ut adversarius me instruat de re mea, sed ut certum sim illam rem quam is habet, non occultari vel immutari, Olt. *cl.* 3. *Act.* 1. *Q.* 7. Quare signa rei ac indicia referenda, modo eas qualitates cognitas habere possit *L.* 3 § 7. *h. t.* Sich. *ad Rub. C. h. t. n.* 7. Et quia quandoque rei qualitas indicia non recipit, quæ sufficientis sunt judicis arbitrarii est, ut Myns. *in* §. 31. *I. de act. n.* 57.

(12) Gœd. ad *L.* 12. *de V. S. n* 8. ad restitutoria et prohibitoria interdicta pertinere *d.* §. 5. scribit, Male Cujac. 5 *Obs.* 23. hoc jus ad interdictum Utrobi coarctat, quia hæc actio datur ei qui possessionem suam esse contendat *d. L.* 3. §. 12. Id autem non affirmari, sit, nisi in Uti possidetis, (in quo, quia est rerum soli, exhibitioni nullus fit locus) et Utrubi. Sommanti hic ipse similior, quam quem redarguit inter res, qui Precario *d.* §. 5. accomodat Accurs. *ibid.* ut et Oldend. *cl.* 3. *Act.* 1. *Q.* §. Nam plurifariam errat Cujacius in materia ac forma argumenti 1.° quod illa verba *d.* §. 12. *possessionem suam etc.* de Utrobi exponit: de Publiciana debuerat, ut hic noster *supra n.* 9.; 2.° quod

restituenda competunt: qualia sunt, Quod legatorum. Unde vi de rebus mobilibus quæ sunt in prædio per vim occupato. De precario. De glande legenda, cui postremo hæc actio tribuitur in *L. Julianus*, 9. §. 1. *eod.* Non sunt in hoc numero interdicta quæ de rebus exhibendis competunt, cujus generis sunt hæc, De libero homine exhibendo, De liberis exhibendis ducendisve, De tabulis exhibendis. Et priora quidem duo quæ de libero homine competunt, ita quis habet, ut constet eum qui ea habet, non ideo prius de eodem homine ad exhibendum agere posse: propria ratione, quæ redditur in *L. si liber*. 13. *D. eod.* quia actio ad exhibendum ei competat, cujus pecuniariter interest; nihil autem cuju quam interesse possit liberum hominem exhiberi ad hoc solum, ne ab alio detineatur. Et recte. Est enim interdictum prius comparatum tuendæ alienæ liberatis caussa, *L.* 1. *D. de lib. ho. exh.* posterius et libertatis liberorum, et potestatis parentum tuendæ gratia. Ut autem libertas, sic potestas inæstimabilis res est, *L. libertas*, *D. de reg. jur.* Sed nihilominus et ei qui interdictum de tabulis exhibendis habeat, si eo acturus sit, inutilis est ad exhibendum actio. Est enim una ratio communis quæ ista omnia complectitur et ab his actionem ad exhibendum de eadem re removet, quod non competit actio ad exhibendum, nisi alterius actionis exsequendæ caussa, propter quam exhiberi velimus, *L. Julianus*, 9. §. *quantum*, *D. ad exhib.* Porro plusquam ridiculum est (13) dicere ad exhibendum agi de tabulis testamenti, ut per hanc actionem semel exhibitæ adhuc interdicto de tabulis exhibendis exhibeantur.

XII. Actio quoque ex maleficio servorum, ei cui nocitum est eo nomine agenti actionem ad exhibendum inducit: sed hoc duobus tantum casibus, idque pro genere casus varie. Uno, si quis noxali actione experiri velit, sed eum qui nocuit nec nomine appellare possit nec aliis rebus satis designare, ut pote antea sibi ignotum. Tum enim placuit noxali acturum desiderare posse a domino cum quo agitur, ut familiam totam servorum exhibeat, ut omnibus exhibitis, possit actor agnoscere noxium servum et dicere hunc esse qui nocuerit, et cujus nomine nunc actionem instituat, *L.* 3. §. *si quis noxali*, *D. eod.* Eadem ignorantia rei de qua ad exhibendum agitur, non fertur in actore in cæteris caussis, sed ab eo exigitur, ut rem norit, omniaque rei argumenta ejus dicere, *d. L.* 3. in princip. Cur ergo in hac specie (14) contra? Duabus de caussis; primum quidem quod ignorantia actoris, qui cum noxio nihil contraxit, auxilio digna est: sed maxime, quod de maleficio hic agitur. Non convenit autem maleficia esse impunita, *L. ita vulneratus*, circa fin. *D. ad leg. Aquil.*

id interdictum vindicationis s eciem facit *d. C.* 23. et vindicationem possessionis vocat in *Paulo ad L.* 10. *h. t.* cum interdicta a vindicationibus toto genere sint alia. 3.° Non perspicit, si omnino interdicto possessio recte vindicari diceretur, id non minus interdictis recuperandæ possessionis convenire. Neque enim qui Unde vi experitur minus possessionem ad se pertinere contendit, quam qui *Uti possidetis*, aut *Utrobi*, etsi eam non teneat 4.° Posita, illa verba *possessionem suam etc.* convenire hic interdicto *Utrobi* et quidem soli (quod utrumque falsum est) ast hoc vitiosum verbum generale *interdicturus d.* §. 5. *d.* §. 11. exemplo speciali restringi. Per speciem enim derogatur generi cum diversum de ea disponitur, nunquam autem species restringit genus, cum quod generaliter cautum est in speciebus et per exempla denuo inculcatur. Præsertim cum nec *d.* §. 12. tam dispositionem quam declarationem juris per casus fictionem contineat. A ertaque ἀσυλλογιςία. Qui possessionem suam affirmat, ad exhibendum recte agit. Interdicturus alio quam Utrobi interdicto possessionem suam esse non affirmat. Ergo ad exhibendum recte non agit. 5.° Non enim animadvertit alterius interdicti exemplum L. 9. §. 1. *h. t.* 6. Postremus et præcipuus error quod adversus juris rationem reliquis interdictis de rebus mobilibus acturis denegat hanc actionem, quibus concedenda, ubi par utilitatis vel necessitatis caussa æque exhibitionem exposcit, rationesque eædem vigent quæ in vindicaturis; ut re exhibita videat interdicturus eane sit quam petit; neve ejus occultatione, aut mutatione in aliam speciem possessionis adipiscendæ vel recipiendæ jure privetur; ut expeditior sit probatio; utque qualis et quanta sit norit etc. Contra ei soli interdicto Cujacius actionem hanc tribuit, cui minus quam reliquis convenit. Qui enim se possidere intendit, seque in eo inquietari conqueritur (ut Utrobi), qui, quæso, petere potest ea ut res in publicum producatur ejusque præsentia præstetur? nisi dicas tunc posse, quando civiliter solum possidet. Atqui vix est, ut tunc Utrobi interdictum detur, et si omnino detur, ut conjunctum habeat interdictum recuperandæ aliquod oportet, per ea quæ Menoch. *Retin. poss. Remed.* 3. *n.* 22. *et seqq.* Et denique ita non uni modo interdicto, sed et in unico ejusdem eoque rariori casu actio ad exhibendum inserviet vel præparabit, LL. et juris ratione invitis.

(13) Recte Si ipso interdicto et exhibitionem et possessionis avocationem consequi datur, ad quid præparatoria? Gœd. ad *L.* 22. *de V. S. n.* 8. ubi non obstare L. 1. §. 1. *de tab. exhib.* ostendit.

(14) Ita tamen ut ad caussas similes jure protrahatur, vid. Sich. *supra N.* 11.

Præsertim si id accidat propter ignorantiam actoris; quam aut illi in damno nocere, aut delinquenti ad impunitatem prodesse nimis injuriosum est. Alter casus est, cum de maleficio plurium criminaliter agitur. Hic enim confessum est actori, si unum novit ex noxiis, de eo ad exhibendum agere, non ut exhibitus subjiciatur oculis, qui jam satis notus est, sed ut de eo habeatur quæstio, quo indicet conscios suos: de qua specie est in (15) *L. 2. C. ad exhibendum, L. ult. D. eod.* Ac de priore genere eorum, qui justam caussam habent actionis, propter quam exhiberi sibi desiderent, dictum est.

XIII. Alterum est eorum qui in rem actionem præsentem adhuc nullam habent; sed habent certo jure speratam, idest eam quam re exhibita certo habituri sunt, aut statim et sine ulla mora, aut postea si velint. In quo genere manifesta est utilitas exhibitionis quæ agenti ultro actionem in rem tribuit. Immo vero in hoc genere exhibitio ad aliam actionem exercendam non tam utilis est quam (16) necessaria; cum in eo id accidat, ut nisi exhibitione præcedente non sit in rem actio.

XIV. Huic generi caussæ ad exhibendum actionis in duobus generibus rerum locus est. Primum in rebus nostris, quæ alienis junctæ cedunt iis per prævalentiam: veluti, si gemma inclusa sit auro alieno, sigillum candelabro, si tabula juncta alieno armario, vel navi, ansa scypho, brachium statuæ, purpura vestimento. In quibus omnibus quandiu res cohærent, nostræ quodammodo esse desinunt; certe tandiu vindicare non possumus: tunc solum possumus, cum sunt separatæ. Quid ergo fiet, cum cohærebunt, et nihilominus nobis restitui volemus? Nempe ad exhibendum agemus. Exhibitio id præstabit ut separentur, cum tangi nisi separatæ non possint. Et quoniam separatas vindicare possumus, simul id adferet ut jam nunc liceat vindicare. Quam ad rem cum sit necessaria ista exhibitio, nemo non videt quam sit justa caussa ejus desiderandæ et quam intersit nostra concedi. De hac specie est in *L. gemma, 6. L. tigni. 7. hoc titul. L. in rem, §. item quæcumque, D. de rei vindicat.* Est et huic generi actionis post exhibitionem speratæ locus in duabus pluribusve rebus, quarum una mihi legata est quam optavero. Nam optatam vindicare possum, quoniam ea mihi legata est. Sed optare deligere est, nec possum deligere ex alienis quæ, priusquam mihi exhibitæ sint, quales sint ignorem. Ita fit ut, ad rem ex hac optione habendam vindicandamve, omnino necessaria sit exhibitio earum rerum quarum optio legata est. Quam ob caussam placuit agere me posse ad eas res exhibendas ut, his exhibitis, quam optavérim possim vindicare, *L. 3. §. item si optare, D. ad exhibend.* Idem est, etsi una ex pluribus mihi legata sit, non quam optavero, sed quam Titius optaverit. Nam et Titio unam ex exhibitis optante, illa mea futura est quam is optaverit, ut sic possim vindicare non minus, quam si ipse optassem.

XV. Ex his duo hæc jam intelligimus, neque ei qui nullam aliam actionem habeat quam exsequi velit vel præsentem vel ab exhibitione separatam, competere actionem ad exhibendum, quoquo modo alioqui videri possit ejus interesse; neque ei qui actionem aliam habeat, si ejus pecuniariter non intersit rem exhiberi. Quorum utrumque etiam ex prioribus sumptum veteres constituisse sub hoc titulo animadvertere possumus.

(15) Quam L. 2. de actione sane civili accipit Accurs. et Sich. *ibid. n. 1.* quando scilicet ad sarciendum damnum cum domino experiri vult actor, quia si criminaliter ad pœnam servi agitur, pecuniariter non interest. Ergo per L. 13. *h. t.* Quod recte refellit Cujac. 20. *Obs.* 10. tum quia diserte dicitur reus criminis postulatus *d.* L. 2. Ergo junct. *L. 2. C. de accus.* tum arg. *L. 17. C de accus. L. 2. de custod. reor.* Denique justa hic et probabilis caussa exhibitionis, ut servus præsens accusetur, cum testibus componatur, condemnetur, add. *not. infra N.* 19. Cæterum aliis quoque in personam actio hæc viam munit, Wes. *Par. h. t. n.* 3. hoc probans per §. 28. § 26. *I. de R. D.* Et Frid. 2. *de Mand. jud.* 50. *n.* 8. dari hanc condicturo chirographum *L. ult. C. h.* vel pignus *L. 27. de pig. act.* rem furtivam *d.* §. 26. junct. *L. 6. h. t.* Supine vero addit idem *condicturo*, Serviana vel quasi aut Hypotheca|ria. Hæ enim condictiones non sunt. Quin et propter contractus dari, si de qualitate rei dubium incidat, vult Myns. *in* §. 31. *I. de act. n.* 44. *per L.* 4. *h. t.* Quæ etsi accipiatur vulgo de eo qui rem depositam commodatamve post vindicaturus, nil tamen obstat ne generalius exaudiatur. Quo minus enim æquum est ei qui ante 10. forte annos vestem ex. gr. preciosam apud patrem tuum deposuit, cui tu postea successisti, exhibere prius te compelli, ut certus sit eam ipsam vestem adesse quam condicturus est. Cavendum vero a Cujacio qui 9. *Obs* 7. ad vindicationem Utrobi, optationem et noxale judicium hanc præparatoriam actionem coangustat. Et gravius errando 5. *Obs.* 23. ad actionem in rem et Utrobi solas.

(16) Myns. *in* §. 31. *I. de act. n.* 55. ubi alias fraude rei vel ex rerum accidente qualitate quis jure suo plane privaretur, Old. *Cl.* 3. *Act.* 1. *pr.*

mus. Primum qui præcedentem aliquam actionem non habet, vel præsentem, vel quam ab exhibitione certo habiturus sit si velit, eum ad exhibendum agere non posse dicimus. Declarant id veteres sub persona plerorumque, quibus constat aliquo modo utile esse rem exhiberi: negant tamen his hanc actionem competere; puta sub persona iuris prædonisve, qui rem antea possidentes possessione exciderunt quam utile sit iis recuperare, vel ad rem suo domino restituendam: de quo in *L.* 3. §. *si mecum, D. ad exhibend.*; sub persona ejus qui sine vitio tenens conventus erat ad exhibendum, et inter moras judicii possidere desiit; cujus rem habere interest, ut possit eam exhibere: de quo in eadem *L.* 3. §. *si mecum*; sub persona actoris qui adversarii (17) rationes sibi exhiberi postulet ad fidem intentionis suæ faciendam; sub persona studiosi, qui libros alienos sibi exhiberi desideret, ut his lectis fiat doctior, aut ex his possit sumere advocatus quod ad caussæ suæ defensionem faciat: de quibus in *L. pen. D. eod.* Negant, inquam, veteres superioribus actionem ad exhibendum competere, quanvis videatur eorum interesse ob supra scriptas caussas: sed addunt hoc non sufficere, ut *d. L.* 3. §. *si mecum*, et non esse mentem juris hac de re constituti, ut superior utilitas verbo ejus quod actoris interest, intelligatur, ut *d. L. pen.* sed nihil adjiciunt amplius. Cur ergo dicunt in his personis istam utilitatem ad actionem ad exhibendum non sufficere? Reperiemus id esse caussæ, quod actio ad exhibendum inducta est propter alias actiones quas quis re exhibita exsequi tanquam suas destinavit, ad quam executionem necessaria est exhibitio, ut indicat *L. Julianus*, 9. §. *quantum, eod.* superiores autem isti nullam præcedentem actionem habent de ea re de qua agitur, quam actionem re exhibita exsequi velint, et propter quam exhiberi desiderent.

XVI. Veruntamen hic nobis verba juris civilis opponentur, juris, inquam, de hac actione constituti. Quæ ita se habent, ut proposita esse dicatur actio ad exhibendum generaliter ei cujus interest: sic enim definitio traditur in *d. L.* 3. §. *sciendum, d. L. pen. d. L. si liber*, 13. *eod.* Generaliter dictum hoc est, ut intelligatur omnem cujus interest. ad hanc constitutionem pertinere, arg. *in L.* 9. §. 1. *D. quod met. cau. L. item veniunt*, §. *petitam*, vers. *a quo*, *D. de pet. her.* Jam vero id quod interest, definit Paulus, quod nobis abest, quodque lucrari potuimus, *L. si commissa, D. rem rat. hab.* Quæ definitio superioribus quos modo commemoravi, convenit. Est enim in his, aut quod iis absit re non restituta, aut quod re exhibita consequi et lucrari potuerint. Quidni igitur ex constitutione superiore dicamus his actionem ad exhibendum competere, quia rem exhiberi eorum intersit? Et recte dicemus, superiorum quidem aliquo modo interesse, quia quid sibi utile sit, petant; at non proprie interesse, non certe eo modo quo hoc verbum in usu juris accipitur, dum ideo alieni datur actio quia ejus interest. Idque ipsum est, quod Paulus sensit in *d. L. pen. eod.* eum ait, non oportere hic jus civile calumniari, neque verba captari; sed qua mente quid diceretur animadvertere convenire. Significat enim, secundum verborum significationem dici posse superiorum interesse videri: sed non esse ex mente et sententia legis hoc verbo utentis, quæ ei cujus interest dans actionem ad exhibendum, proprie hoc verbo utitur, dans ei, cujus vere interest, id est cujus propter aliquam actionem suam interest rem exhiberi. Adversus hanc autem sententiam verba captari non debere, ut propter verba actio detur ei de quo jus non senserit. At enim generaliter Paulus definit nostra interesse, si quid nobis abest aut lucrari potuimus, *d. L. sic commissa, rem rat. hab.* Sed hæc verba juris sic accipienda sunt, si quid nobis abest de nostro, non de alieno; si quid lucrari potuimus ex re nostra, non si ex aliena sine ulla justa caussa. Nam nec res alienæ, quarum nomine nullam actionem aut justam retentionem habemus, nobis abesse dicendæ sunt: et si quod lucrum captamus ex re aliena sine caussa invito domino, injustum id lucrum est. Injusti autem lucri jure nulla est æstimatio, sicuti nec injusti metus, *L.* 6. *L.* 7. *D. quod met. cau.* Neque id etiam in eo quod nostra interest numeratur, ut in specie non dissimili Proculus respondit, *Proculus, D. de damn. infect.*

XVII. Una tamen species est, quæ re-

(17) Oldend. *Cl.* 3 *Act.* 1. *Q.* 8. Hæc actio, sit, non porrigitur ad seri luras, quorum editio non dominii vindicandi gratia petitur sed ob probationes, de qua *tit. de edendo.* Sed et, aliis remediis ad exhibit. oem competentibus, hoc cessat. Myns. *d. n.* 55. Wesenb. *Par. h. t. n.* 3. ut *supra N.* 13. Cujusmodi 13. percenset Oldend. *d. Act.* 1. *in adfin. Remed.*

fertur in *L.* 3. §. *pen. ad exh.* in qua qui præsentem principalem actionem nullam habet de re aliqua nec ullam sperat, placet eum nihilominus ad exhibendum agere posse de ea re: non tamen directa actione, ut jus superius summum hic quoque agnoscas, sed tantom utili. Ea est, cum aliquis meas rationes mea voluntate conscripsit. Hæ si a te possidentur; si quidem in mea charta scriptæ sint, qnia vindicare eas possum, etiam et de his ad exhibendum agere me posse constat; sed si charta mea non fuit, qoia vindicare non possum, nec possum ad exhibendum experiri. Sed æquitas exhibitionis, quæ in hac specie occurrit, efficit ut mihi de his actio in factum competat: sic de hac specie verba sunt *d. L.* 3. §. *pen. ad exh.* Actio in factum, id est actio ad exhibendum utilis, ut hæc verba actio utilis, et actio in factum, promiscue pro eodem (18) usurpari solent, ut ostendi ad *L.* 3. *n. pen. D. de cond. trit.* Æquitatis ratio, quæ in hac specie admittit ad exhibendum actionem, est hæc, quod prope est ut videantur eæ rationes meæ esse, quæ meo nomine et meo mandatu conscriptæ sunt. Sed cum in hac specie mihi denegetur directa actio ad exhibendum, tantum ideo, quia rationes principali aliqua actione petere non possum: vel hæc una species maxime jus superius paulo ante a me positum confirmat, eum qui nullam ejusmodi actionem de re habeat aut ab exhibitione speret, ad exhibendum de ea re experiri non posse: meminerimusque id eo fieri, quia qui ejusmodi actionem habet, solus sit cujus proprie dici debeat interesse rem exhiberi. Quam unam caussam habet hæc actio.

XVIII. Et ideo quanvis quis præcedentem aliquam actionem de re aliqua habeat, tamen non minus illud alterum verum est, quod ex eadem definitione intelligi supra diximus. si hujus (19) pecuniariter non intersit, denegari ei ad exhibendom actionem:

(18) Sed diversam esse eam actionem sentiunt Oldend. *d. Act.* 1. *Q.* 8. Sich. ad *L.* 4. *C. h. t.* n. 5. et recte per *L.* 7 *C. h. t.* Simile præjudicium curiæ Spirensis refert Frider. *d. C.* 50. *n.* 8. qui et hinc infert *n.* 10. si tu codicem habeas meo similem, et ad mei vindicationem vel condictionem intersit mea illum exhiberi, recte id me petere. Plane et hac actione istrumenta exhibenda non tantum si mei dominii sint ut *d.* §. *pen.* sed etsi ad jus meum pertineant *L.* 4. *L.* 6. *C. h.* sive jus dominii, sive possessione prætendam, Io. Bapt. Plut. *de Injurj. in lit.* § 23. n. 3. sive aliud probabile, Frider. *d. n.* 8. Quare non tantum soluto debito, contra creditorem ad chirographa exhibenda agere potest debitor, ut *L. ult. C. h. t.*; sed et ad eadem recte agit creditor contra alium quam debitorem *L.* 18. *h. t.* Prava namque est corruptio gemina Cujacii 9. *Obs.* 7. *debitor* et *creditore* pro *creditor* et *debitore* reponendo, a usum L. invertentis. Quem juste notat Frider. *d. Cap.* 50. *n.* 9 Quippe et vulgatam lectionem sententia verissima abunde confirmat *L.* 27. *pr. D. de furt.* et istius corruptæ falsissima. Qua efficeretur debitorem hoc casu ad exhibendum quidem contra alium agere posse, contra creditorem autem cui solvit, non posse. Quod et absurdum et directo adversum *d. l. ult. C. h. t.* cui tamen conformem *d. L.* 18. reddere erronee intendit. Nec quoque perpetuum, quod *ibid.* Cujac vindicare debitorem posse chirographum. Non enim alio casu potest, quam quando charta in ipsius dominio dum scriberetur *d. L.* 3. §. *pen.* alias qui dominium transibit? Quare non ideo ad exhibendum competit, quia et vindicatio, ut Cujac sed quia aut vindicatio aut condictio.

(19) Ita et DD. vulgo ac Sich. *ad Rub. C. h. t.* n. 4 non affectionis et cognationis interesse hic spectari, et Mynsing. *in* §. 31. *I. de act.* n. 50. Cujac. *in Paulo ad l.* 12. *pr. h. t.* Gœd. ad *l.* 22. *de V. S.* Frider. *d. C.* 50. *n.* 7. non interesse lucrativum sed pecuniarium juris quæsiti allegandum. Verum Florentini libri habent *peculiariter.* Quæ lectio displicet Cujacio ad *d. l.* 12. *pr.* quod et in Basilicis extet χρηματικῶς. Mihi autem necessario probanda videtur, uti et sententia nostri aliorumque præcise pecuniarium interesse requirentium improbanda. Moveor 1.° *l.* 12. *pr. h. t.* quæ aliter conciliari nequit ut *N. seq.* 2.° Exemplo criminalis actionis ab ipso nostro proposito ut *supra n.* 12. v. *alter casus* ubi tale interesse nec fingi potest. 3.° Quia alias fere ubique affectio in rebus nostris spectatur, ne cogatur quis rem suam, justo licet pretio, vendere per vulg. 4.° Quia alias nunquam in hac actione jurijurando in litem locus foret, nec nisi in veram æstimationem ejus interesse condemnatio fieret. Nam si interesse solum pecuniarium caussa hujus actionis est a parte agentis, in ea ut se fundet is, neque in amplius intendat necesse erit. Petitio enim actoris in jure ejusdem innixa est; petitioni autem ut sententia congruat oportet, per vulg. Simili res plana fiet. Rei vindicationis caussa est dominium a parte actoris. In ea se fundat, nec amplius intendit quam ut res restituatur, quo eam jure dominii teneat, illa fruatur, atque quod hoc nomine quod hactenus tenere frui non licuit abest, præstetur, omnis nempe caussa etc. Id si non præstetur, condemnatio in id quod interest, vel ex affectione jurantis. Nec ad jusjurandum in litem venitur, quam si id jussus præstare nolit, vel sua culpa non possit. Pari itaque modo et hic non ante veniretur ad jusjurandum in litem, quam non præstito interesse pecuniario; Et nunquam itaque veniretur, quippe jurandum foret quanti actoris intersit affecto, pecuniarium illud inte-

quod accidere in eo jam ante monuimus, qui interdictum habet de libero homine exhibendo: de qua specie est in *L. si liber*, 13. *ad exh* Neque huic contrarium est, quod ante admisimus, et scriptum a Paulo est in *L. de eo*, 12. in pr. *eod.* de eo exhibendo quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locum esse posse. Nam et is in libertatem vindicari potest, quem ita vindicari intersit ejus qui vindicat, et quidem pecuniariter. Sane enim si quem liberum hominem extraneum vindicem in libertatem, mea nihil intersit liberum pronuntiari: quam ob caussam et mihi in hac specie actio ad exhibendum sit inutilis, *d. L. si liber.* At finge vindicari in libertatem a patre filium, a patrono libertum. Est utrobique ea conditio actorum, ut possit eorum eorum interesse, eum de quo agitur, asseri in libertatem: patris, propter illa quæ per filium patri quæri possunt: patroni, propter operas quas libertus patrono debeat. Et in his actioni quoque ad exhibendum locus est. Id recte (20) vidit Accursius et sensisse apparet, dum ita locum interpretatur; de eo, scilicet filio, vel liberto. Nec Pauli verba quasi generalia superiorem distinctionem repudiant, sed maxime admittunt. Non enim dicit de eo quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locum esse, sed locum esse posse: quo significat, aliquando esse: aliquando non esse: atque ita quærendum relinquit quando ei sit locus: de quo secundum supra scriptam distinctionem statuendum est.

XIX. His adjicendum est, quod faciendum esse monemur in *L. tigni*, 7. §. *ult. D. eod.* ejus qui ad exhibendum agit, sic interesse debere ad eum modum quem diximus, ut utroque tempore ejus interfuisse oporteat rem ei restitui, et quo lis contestatur, et quo fit condemnatio. Merito: prius enim tempus justum initium actionis exigit, quæ nisi ex sua caussa exsistere non potest. Posterius adversus non exhibentem non admittit aliam condemnationem, quam in id quod actoris interest, *L.* 9. in fin. *D. eod.* Quo fit, ut ea non possit sequi, si prius actoris interesse desiit. Sit exempli gratia, qui acturus in rem tanquam dominus, ideo agat ad exhibendum. Si quo tempore agit, dominus non est, non jure agit; quia jam ab initio nihil ejus interest rem exhiberi ad exsequendam eam actionem quam non habet, nec re exhibita speret habere. Si dominus est, recte quidem agit, sed si inter moras exhibitionis rem alienaverit, æque possessor absolvendus est, quia actoris interesse desiit sublata ea actione, propter quam actionem ad exhibendum instituit.

XX. Caussa superiore hujus actionis constituta, oritur dubitatio circa hujus caussæ probationem, ac propter hanc incidit ipsa actio in difficultatem: quod jam attingam. Postquam enim hæc actio non competit nisi ei cujus interest rem exhiberi, nec interest nisi ejus qui actionem aliquam in rem aut similem habet, propter quam exhiberi sibi desideret: quid fiet si possessor neget ita actoris interesse? Si negamus actorem cogi probare, facimus adversus manifestas regulas juris quæ ab omni qui dicit probationem exigunt. Si ei hic quoque probandi necessitatem imponimus, hanc actionem inutilem constituere videmur, cum hac necessitate imposita, multo utilius videamur recta experturi esse actione in rem principali, per quam rem ipsam totam et pleno jure consequamur. Quid ergo est? Et hoc tenendum est, non magis in hac actione

resse sibi præstari. Atqui in pecuniam affectio non cadit, *L.* 3 *de in lit. jur.* Dices: Ita quidem de nummis jus esse. *Pecuniarium* hic latius sumi pro quovis damno facultatum. Regero. At cum nummis omnia æstimentur cumque præter verum rei pretium non aliud sit quam affectionis: excluso hoc, illoque solo relicto, idem omnino effici consequitur. Quare et ubi pecuniariter interest, hac actione ut plerunque; nec id tamen solum attenditur quantum eo modo intersit, sed quantum omnino, ex quacunque justa et probabili caussa, *L.* 3. § 11. *h. t.* et id tantum excluditur quod improbabile, quodque proprio affectu quis sibi fingit, *L. pen. h.* Veluti creditore ad exhibendum chirographum agente post solutionem sibi factam, et *L.* 18. *h. t.* reo contumace, non pretium solum tabularum æstimatur, sed et quod interest ne calumniari possit debitor se indebitum solvisse etc. *L.* 27. *pr. de furt.* Florentinæ autem et veræ lectionis *peculiariter etc.* hic sensus. Quia actio ad exhibendum est subsidiaria, nec competit ubi alia actio idem consequi licet, ut *supra N.* 13. idcirco cum interdictum de libero homine sui petat, hæc actio *inutilis est*, id est supervacua, non est necessaria.

(20) Sed durum hoc, nimisque sententiam *d. L.* 12. *pr.* coangustat, ut recte Cujac. *in Paulo ibid.* Verius itaque quemvis assertorem libertatis futurum prius recte ad exhibendum agere, cum publica assertionis caussa sit, ac intersit publice quemcunque audiri, cumque nisi hac prævia sæpe in libertatem vindicari nequeat. Et denique quia interdictum de libero homine exhibendo de eo est quem liberum esse constat: non autem de eo qui ex possessione servitutis liberali manu asseritur *L.* 3. §. 7. *de lib. hom. exhib.*

quam in cæteris, actori dicenti sua interesse, fidem haberi sine ulla probatione; sed et hunc in hac actione quoque intentionem suam probare debere. Notæ sunt illæ regulæ de probationibus ad omnem intentionem pertinentes: Ei qui dicit et intendit quid, ejus quod intendit incumbere probationem, *L.* 2. *L. in exceptionibus. D. de prob.* Et, actore non probante, reum absolvi. *L. qui accusare, C. de edend.* Proinde qui in rem acturus tanquam de re sua prius ad exhibendum agit, probare debebit se dominum esse et hac de caussa sua interesse rem exhiberi, eritque probandi ratio hæc usitata, ut probet testibus aut instrumentis, *L. in exercendis, C. de prob.* At hinc illa difficultas de qua dixi. Hac enim necessitate probationis in actionem ad exhibendum inducta, quid restat, nisi ut inutilis constituatur et supervacua hæc actio? Omnino enim supervacuus vel potius stultus labor est, hac actione tentare rei exhibitionem solam, ut sic deinde perveniamus ad directum judicium quo restitutionem consequamur, ut directo judicio recta agentibus liceat statim et sine ulla circuitione utramque simul consequi et exhibitionem rei et plenam restitutionem. Neque hic nos remorabitur probationis necessitas quæ in directa actione exigitur; postquam placet agenti ad exhibendum incumbere eandem necessitatem probationis, et ante quam impleta sit ea probatio, non concedi exhibitionem. Et hoc ita esset omnino, si quidem in utraque actione exigeretur eadem probatio: quod non ita est. In directa actione, post quam nulla alia est de re actio, plena probatio exigitur, id est ea adversus quam nihil objicitur ab adversario, de quo non plene cognitum fuerit a judice. *L. judices C. de jud.* In actione ad exhibendum, quæ prælusio quædam est directæ actionis, non exacta et plena probatio; sed hujusmodi, ut debeat judex (21) summatim cognoscere an actoris intersit necne, ut intendit: hoc in *L.* 3. *§. sciendum, D. ad exhib.* Summaria hæc cognitio sic describitur in *ead. L.* 3. *§. ibidem*, ut si possessor adversus productos ab actore testes aut instrumenta prolata aut intentionem ipsam objiciit aliquam exceptionem: si quidem tam evidens est, ut facile repellat agentem, debeat possessor absolvi; veluti si constet aperte instrumentum esse falsum, testes conditione ipsa personæ non idoneos: sin exceptio est obscurior, vel quæ habeat altiorem quæstionem, ea differatur in directum judicium actionis in rem, aut alterius actionis principalis propter quam actio ad exhibendum instituitur, atque ea omissa nihilominus (22) possessor rem exhibere cogatur. Hoc, inquam, in *d. §. ibidem.* Quod non item, ut dixi, fieret in rei vindicatione aut alio quovis directo et pleno judicio de re restituenda, *d. L. judices, C. de jud.* Ex quo intelligitur, utilitatem actioni ad exhibendum quam supra constituimus, superioris probationis necessitate non impediri.

XXI. Plane ex omnibus exceptionibus quatuor ibidem Ulpianus excepit, de quibus vult judicem etiam in hac actione omnimodo disceptare: pacti, jurisjurandi, rei judicatæ, doli mali. Pacti, si actor quandoque cum possessore pactus est se ea actione principali quam nunc destinat, non usurum. Jurisjurandi, si nunc agere instituat in rem de ea re de qua prius, ipso deferente, possessor juravit suam esse aut non esse actoris. Rei judicatæ, si cum idem prius egisset judicio de eadem re cum eodem possessore, res adversus actorem judicata est. Doli mali exceptionem hic accipere debemus specialem, non generalem, ut et bene accepit Accursius.

(21) An intersit, non an res mea sit *L.* 3 § 9. *h. t.* Neque in hac præparatoria actor ad probationem dominii vel juris sui urgetur, sed ut caussam alleget cur exhiberi velit, Otd. *Cl.* 3. *Act.* 1. *intent. actoris. n.* 2 Quin quod eo ipso recte asserat sua interesse quod vindicare vult, censet Petr. Jacob. referente Sixtino *Cons. Marp.* 13. *n.* 5. *Vol.* 1. et Gilman. *Lib.* 2. *Decis. Cam.* 52. *n.* 1. quod jurandum hic actori quod sua intersit, quodque non animo calumniandi petat, Joh. Bapt. Plot. *de in lit. Jur.* §. 23. *n.* 2. post Fab. et Ang. Myns. *in §.* 31. *I. de act. n.* 50. per *L.* 15. *h. t.* Quod Sich. *ad Rub. C. h. t. n.* 5. post Jas. *ad d. §.* 31. admittit, cum modicum damnum in exhibitione vertitur. Quod si magnum, semiplenam probationem et jusjurandum suppletorium exigi. Sed et ubi parvum, præjudiciales præsumptiones admitti idem ad *L.* 1. *C. h. t. n.* 7. Ubi *n.* 8. acta in hoc judicio summario non sufficere in ordinario. Ideoque, etsi ante auditi testes et publicatio facta, posse tamen ordinario judicio super iisdem articulis eosdem vel alios produci, quia mutata natura judicii probationis quoque natura mutatur. Et etsi in eodem articulo producantur testes, tamen ad alium finem. Licere quoque non solum per modum actionis, sed et per mandati ad exhibendum experiri, docet P. Frider. 2. *de Mand. jud.* 50. *n.* 11. *et* 14. si nimirum statim probabile fiat quod intersit *ibid. n.* 17.

(22) Auditur autem reus si afferat illico probationem dominii sui, vel actori jus nullum competere ostendat arg. *L.* 3. *pr. Ut in poss. leg. L.* 3. §. 4. *de Carb. ed.* Otd. *Cl.* 3. *Act.* 1. *Q.* 2.

Nam generalis cum ex omnibus aliis exceptionibus comperat, *L.* 2. §. *et generaliter*, *D. de dol. ma. et met. exc.* si intelligeremus Ulpianum de ea sensisse, probandum esset judicem in actione ad exhibendum de omnibus exceptionibus omnimodo disceptare debere, si quis modo pro speciali actione in factum generalem doli objecisset. Quod aperte Ulpianus negat in *d. L.* 3. §. *ibidem*. Doli ergo exceptionem specialem intelligit: ea autem est exceptio doli, quem ab initio actor admisit in ea re quærenda de qua nunc tanquam sua agere instituit, ut non ex alia exceptione aliunde parta nascatur possessori hæc exceptio, sed ex solo dolo actoris. Fingo possessorem aliquando vendidisse actori eam rem de qua nunc agitur, sed dolo actoris inductum. Post eandem rem aliquo casu ad eum rediisse. Si emptor, tanquam priore venditione et traditione secuta dominus factus, eam rem vindicare instituat a venditore eodemque possessore, et ea gratia prius agat ad exibendum, recte removebitur exceptione doli in ipsa acquisitione admissi; tanquam qui petat ex ea caussa, non solum in qua dolus ejus illi prodesse non debeat, sicut nec in cæteris; sed etiam quæ ipso jure nulla sit, circumscripto venditore in hoc, ut venderet, *L. et eleganter*, in pr. *D. de dol.* In hac vero exceptione idem servandum dicemus quod in superioribus illis tribus; ut quanvis circa eam inciderit altior quæstio, tamen in ipso exhibitionis judicio judex de ea disceptare debeat. Has exceptiones quatuor excepit potissimum Ulpianus ex omnium numero, optima ratione: quia nascuntur ex facto actoris sibi ipsi futuri judicii caussas eo facto præcidentis: ut qui pactus sit de ea re; qui controversiam jurejurando, aut judicio sustulerit; qui dolo suo inutilem venditionem sibi constituerit. Hæc facta auctori suo perpetuo nocere æquum est.

XXII. Exposita est caussa actionis ad exibendum ea quæ actori hanc actionem tribuit, seu quæ facit ut, in quo est, ei competat hæc actio. Quæ caussa cum tam sit propria hujus, ut pote nihil admodum cum cæteris actionibus in rem commune habens, in se autem multa contineat animadversione digna quam supra diximus; vel unam hanc ob caussam maxime de ea actione tractationem separatim institui oportuit. Reliquæ partes hujus actionis propemodum per omnia communes sunt cum actione in rem, seu rei vindicatione; quo magis expositam rationem habituræ sunt; sive quæratur adversus quem competat hæc actio, sive qua de re, sive quem finem et exitum judicii habeat: de quibus ideo breviter jam perstringam quod restat, vel ob id maxime ut quales esse dixi, tales ex suis locis notæ esse possint. Quód ergo secundum est in recta institutione actionis, competit actio ad exhibendum adversus eosdem adversus quos omnis alia (23) actio in rem, ut plane in hac actione, atque hac parte nihil sit propriæ tractationis; sed quæ de hac parte in vindicatione diximus, etiam hic omnia intelligenda sint. Adversus eum est qui possidet, *L.* 3. §. *ult. D. ad exh.*, nec qui possidet modo proprie, sed qui quovis modo rem tenet, et habet restituendi facultatem: puta cui commodata, aut locata res est, apud quem deposita, qui tanquam fructuaria utitur, qui rerum vel legatorum servandorum caussa in possessionem missi sunt: quæ summa est *d. L.* 3. §. *ult. L.* 4. *L.* 5. in pr. et 1. *eod.*; tantum ut sit is, qui habet restituendi facultatem. Quam si quis non habet, licet possideat, placet eum ad exhibendum non teneri; veluti, si in fuga sit servus, ad hoc plane teneri ut caveat se exhibiturum, si in potestatem ejus pervenerit, *L.* 5. *ult. eod.* Et quoniam semper pro possessore dolus est, *L. qui dolo*, *L. parem*, *D. de reg. jur.* consequens fuit ut et is (24) teneretur ad exhibendum actione qui dolo fecit quominus possideat. Quod ipsum et in hac actione receptum est, *L. ad exhibendum. C. eod. L. si vir*. 14. *D. eod.* In quo ne exempla desint

(23) A qua semper recte argumentum ad hanc et vicissim duci docet Cujac. *in Paulo ad L.* 12. §. 1. *h. t.* Quare et interrogationes ad hoc judicium fieri possunt, ut actor designet rem aliquibus circumstantiis, ac quærat an talem reus possideat. Et hic quoque pœnæ inficiantis *L. ult. D. de R. V.* locus Old. *d. Act.* 1. *in fin.* Myns. *in* §. 31. *I. de act.* 59. Quidam volunt satis esse si probetur reum aliquando possedisse. Exinde et nunc præsumi per *L.* 4. *C. h. t.* post alios Sixtin. *Consil. Marp.* 13. *n.* 13. *Vol.* 1. Sed Sichard. ad *d. L.* 4. *n.* 6. hanc præsumptionem rejicit. Quia alia ratio dominii, alia possessionis quæ facilius amittitur. Satis autem si probetur habuisse rem reus *d. L.* 4. scilicet tempore judicii accepti, Sich. *ibid.* Joan. Plot. *de in lit. Jur.* §. 23. *n.* 3.

(24) Unde et de nummis mala fide consumptis ad exhibendum agitur §. 2. *I. Quib. alien. non lic.* ubi Theoph. regulam tradit: Ex quibus caussis, si res extent, in rem agitur; ex iis, si vel celentur vel mala fide consumptæ, ad exhibendum: non ad id quidem ut exhibeantur, sed ut in litem juretur, Hot. *in d.* §. 2. vid. Sixtin. *Cons. Marp.* 13. *n.* 14. *et* 2. *seqq. Vol* 1. Gilman. *Lib.* 2. *Decis. Cam.* 52. *n.* 8. *et seqq.*

quibus doceamur quomodo accidat ut quis isto modo possidere desinat; variis id exemplis declaratur, constituta simul propterea in his hac actione, in *L. Julianus* 9. in pr. §. 1. §. 2. §. 3. *D. eod.* Et ut in hac parte nihil interest qua ex caussa quis rem teneat; ita nec illud, quis teneat aut dolo desierit tenere, ut hac actione teneatur, dum sit is cum quo judicium consistat. Itaque et filiusfamilias hac actione conveniri potest, si facultatem rei exhibendæ habet, *L. de eo.* 12. in pr. *D. eod.* possunt et municipes, *L. tigni*, 7. §. 1. *eod.* Quod si quis non possidet nec dolo fecit quominus possideret, is hac actione non tenetur. *L. thesaurus*, 15. *eod.* ut appareat quod de genere hujus actionis supra disserui, plane hanc actionem in rem esse, quippe quæ unam rem sequatur, ac propter rem ejus rei possessorem. Quod et ipsum ad heredes possessoris pertinet.

XXIII. Inde verissime dictum in *L. de eo* 12. §. *ult. eod.* hanc actionem neque heredi tanquam heredi, neque in heredem tanquam heredem dari, sicut accidit in omnibus in rem actionibus. Sunt enim certæ caussæ quæ hanc actionem ut et cæteras in rem actori dent, quæ caussæ non continuo ad heredes transeunt: sunt certæ, quæ reum teneant, quibus non item subjicitur heres, etsi maxime heres: ut cessante caussa actionis in utriusque litigatoris heredibus, merito nec ad heredes tanquam heredes perveniat hæc actio. Id autem in utriusque heredibus sic accidit. Heredi tanquam heredi hæc actio non datur, quia competit ei cujus interest rem exhiberi, et interest ejus qui principalem aliquam actionem habet qua agere destinavit, puta in rem, quia est dominus. Finge eum qui ita dominus fuit, decessisse duobus heredibus relictis, et rem de qua agitur, uni prælegasse. Hic quidem recte ad exhibendum de ea re aget; verumtamen non quia heres, sed quia dominus; quam ob caussam et illius suo nomine interest, ob quam eandem acturus fuit, etsi heres non esset. Alter quamvis maxime heres, ad exhibendum agere non poterit, quia res non est ejus, eoque nec ejus interest rem exhiberi. Similiter hæc actio adversus possessoris heredem tanquam heredem non datur; quia fieri potest ut heres non possideat nec dolo desierit possidere: quod cum accidit, non potest adversus eum esse hæc actio quæ ita comparata est, ut non sit nisi adversus possessorem. Quod si proponas et heredem possidere, tenebitur hic quidem similiter ut defunctus, sed qua possessor, non qua heres; qui nisi possideret, non tenetur, quantumvis heres esset. Plane quia constitutionibus ex maleficio defuncti tenentur heredes quatenus locupletiores facti sunt, *L. unic. C. ex del. def. in quan. her. con.* ideo ex dolo defuncti danda est in heredem hæc actio, si locupletior hereditas eo nomine facta sit; veluti quod pretium rei consecutus sit: hoc in *d. L. de eo*, 12. in fin. *ad exh.* quod et in ipsa rei vindicatione servari diximus, *L. cum autem*, 52. *D. de rei vind.*

XXIV. Competit hæc actio de (25) rebus mobilibus, non soli. Nusquam hoc quidem ex professo scriptum legimus apud nostros: sed puto ideo, quia erat in promtu. Certe id finis actionis, et in hoc fine significatio verbi satis indicat. Nam primum quod actio dicitur esse ad exhibendum, satis declarat non esse hanc actionem nisi de iis rebus quæ natura sua exhiberi possunt. Jam vero non possunt exhiberi nisi res corporales, et eæ mobiles. Atque hoc jam verbi significatio liquido ostendit. Est enim exibere (de quo verbo mox plura) rem extra secretum habere, seu ex uno loco in alio habere, *L.* 3. §. *ait, D. de hom. lib. exh.* Quorum prius dici non potest de rebus immobilibus quæ latere posse negantur in *L.* 2. §. *sed ubi, C. quan. et quib. quar. pars. lib.* 10 posterius non nisi de iis rebus, quæ loco moveri possunt. Ita fit, ut non sit hæc actio nisi de rebus mobilibus. Et quoniam exhiberi res nisi certa non potest, idem in hac actione evenit quod in rei vindicatione, ut hic quoque de re certa exhibenda agi oporteat. Quamobrem et res hic quoque designanda est, similiter ut actione in rem, *L. si in rem*, 6. *D. de rei vind.* Quam ad designationem cum opus sit rem nosse ut designes, hinc nimirum dictum est illud quod est in *L.* 3. in pr. *D. ad exhibend.* in hac actionem actorem omnia

(25) Ita et. Old. *Cl.* 3. *Act.* 1. *Q.* 2. Cujac. 5. *Obs.* 23. et in *Paulo ad L.* 10. *h. t.* Sich. *ad luub. C. h. t. n.* 6. Myns *ad* §. 31. *I. de act. n.* 53. Gœd. ad *L.* 11. *de V. S. n.* 5. Guth. ad *L.* 1. *h. t.* A. Fab. ad *L.* 56. *de Procur.* Sed hoc non ita strictum esse putat Frider. 2 *de Mand. jud.* 59. *n.* 5. quin et de rebus soli, si incognitæ sint actori, quasi ad exhibendum recte agatur, ut quasi exhibeantur per deductionem in rem præsentem; veluti si fundus Seji romanus mihi legatus sit, egoque ignorem ubi situs, quibus finibus circumscriptus sit. Nam et fundus ita extra secretum haberi potest. Adducit idem *L.* 8. *D. h. t.* quæ tamen recte perpensa nihil ad rem facit, uti nec argumentum ex *L.* 1. *h. t.* ductum.

nosse debere, et dicere argumenta rei de qua agitur: quod sine dubio ad superiorem designationem pertinet. Eam qualem esse oporteat diximus in rei vindicatione.

XXV. Sic tamen istam notitiam et designationem rei ad hanc actionem exigi sciamus, ut meminerimus excipi debere eam speciem, cum ex noxali caussa agetur ob maleficium servi: qua in specie diximus, si actor non norit eum servum qui nocuit nec nomen ejus teneat, non modo propter hanc ignorantiam non removeri ab hac actione, sed etiam hanc ipsam idonem caussam visam esse cur ipse desideret familiam totam a domino exhiberi, ut noxium servum agnoscat, *d. L.* 5. §. *si quis noxali*. Quod in maleficio alieno et justa rei alienæ ignorantia merito receptum est, ne per hanc ignorantiam, ut dixi, etiam maleficium impunitum maneat.

XXVI. Reliquus est actionis finis: in quo est et judicii effectus, postquam ita est actio omnis, ut cujus rei obtinendæ caussa comparata est, id etiam re ipsa jure assequatur officio judicis. Is finis proprie unus est, idem videlicet qui et actori propositus. Nam hujus solius est actio, non rei. Sed quoniam actio adversus reum intenditur, quam et ille suscipit, in qua eadem non minus ejus rationem haberi placet; fit per consequentiam ut extrinsecus hujus quoque finem quem jus tuetur, judicium accipiat, sitque in hac actione, ut in reliquis in rem, finis duplex; unus actoris, alter rei. Ab actore actionis finis hic est, in quo eadem vis est et potestas actionis ut res exhibeatur actori, simul ei omnis caussa restituatur jussu judicis. Si jussus reus non pareat, ut condemnetur in id quod actoris interest. Jus dilucide comprehensum in §. *si ad exhibendum*, *Inst. de offic. jud.* sed summatim, ut res explicationem majorem desideret. De qua ut liqueat, præstituamus nobis ea capita ad quærendum, in quibus jus superius versatur: quæ tria possumus observare. Primum an reus ex hac actione semper exhibere debeat, et si debet, quo tempore, quo loco debeat. Secundum, cum debebit exhibere, quoniam una et caussam restituere jubetur, quid sit horum utrumque: id est quid sit hoc exhibere, et quid caussæ verbo hic contineatur. Postremum, si ut est exhibendi et caussæ significatio, reus hæc non præstat, quæ hic sit summa adversus eum condemnatio. De quibus cum dixero (dicam autem eodem ordine et breviter) hic locus erit expositus. Ac de his sic habendum est.

XXVII. Possessor hac actione victus, si quidem tempore rei judicatæ possidet, semper exhibere cogitur: ut ne hoc quidem ei ad defensionem prosit, quod forte non possederit litis contestatæ tempore, si modo postea ante sententiam possidere cœperit. *L. ligni*, 7. §. *si qui non*, *D. ad exhib.* Si non possidet; tamen his casibus damnandus est, si aut dolo possidere desiit, aut culpa, aut moram in judicio accipiendo fecit, *L. de eo*, 12. §. *pen. D. eod.* Quæ omnia et in rei vindicatione cum de re restituenda agitur, servari diximus, *L. item si*, §. *ult. L. utique*, *D. de rei vind.* ac de eo illic plura. Nec contrarium huic sententiæ quod Ulpianus scribit in *d. L. ligni*, 7. §. *si quis cum*, *D. ad exhib.* in hæc verba. *si quis eum judicii accepti tempore possideret, postea sine dolo malo possidere desierit, absolvi eum oportere.* In hac enim sententia ille non consistit, sed eam mutat de sententia Pomponii, cum ita subjicit: *quamvis sit*, inquit Pomponius, *quod ei imputetur cur non statim restituit, sed passus est secum litem contestari.* Quam sententiam et ipse Ulpianus probat, perindeque oratio accipienda est, quasi subjecisset, quod et verum est. Quod intelligimus ex *d. L. item si verberatum*, §. *ult. de rei vindicat.* ubi idem Ulpianus diserte scribit: quamvis animal petitum demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris; tamen si forte distracturus erat petitor si accepisset, pretium moram passo debere præstari. Quod si possessor neque moram fecit in re exhibenda, neque dolo culpave ejus res periit aut aliter ei amissa est, constat eum ad exhibendum non teneri nisi ad hoc, ut si res adhuc exstat, caveat se exhibiturum, si in potestatem ejus pervenerit: *L. Celsus*, 5. §. *ult. ad exhib.*

XXVIII. Exibendi tempus præsens, si reus exibendæ rei facultatem habet in præsentia. Quod si neget se nunc exibere posse et tempus exhibendi caussa petat, idque sine frustratione, id est justa ex caussa postulare videatur, dari ei debet: sic tamen ut tiat quod modo dixi, id est ut caveat se eo die exhibiturum, §. *si ad exhibendum*, vers. *penult. Inst. de offic. judic. L. de eo* 12. §. *penult.* in fin. *ad exhib.* Justæ desiderandi caussæ eæ quæ indicantur in *L.* 5. §. *ult. eod.*

XXIX. Exibendi locus describitur in *L. sed etsi*, 11. §. 1. *D. eod.* idem plane qui in rei vindicatione: de quo scriptum est in *L. si res mobiles*, 10. et duabus seq. *D. de rei vindicatione.*

XXX. Cum reum ad exhibendum teneri constabit, accedet etiam illa præstatio ut simul caussa rei restitui debeat *L.* 5. §. *pe-*

*nult. D ad exhiben.* §. *si ad exhibendum Institution. de officio judic.* Quo constituto, quæretur quod secundum proposuimus, quid sit istud exhibere, et quid superiore restitutione caussæ contineatur. De exhibendi verbo veteres consentiunt: *Exhibere,* inquit Ulpianus (26) *est in publicum producere, et videndi tangendique facultatem præbere. Proprie autem extra secretum habere.* Hoc in *L.* 3. §. *ait, D. de hom. lib. exhib.* Eodem modo Paulus in *L.* 2. hoc tit. *Exhibere,* inquit, *est facere in publico potestatem:* quibus verbis expressit illud quod Ulpianus dixit, in publicum producere. Sed addidit Paulus quod actioni ad exhibendum conveniebat, *ut sit,* inquit, *experiundi copia.* Experiundi sic accipe, non utique actione ad exhibendum qua jam ante satis actum est, et quæ hanc ipsam exhibitionem jam satis est consecuta (et vero ita est ordo naturæ ut agatur ad exhibendum, quo res exhibeatur postea; non autem exhibeatur res, quo deinde ad exhibendum agatur); verum experiundi principali illa et directa actione, propter quam ad exhibendum prius actum est, et quam actor re exhibita exsequi constituit. Denique id Paulus voluit superioribus verbis quod de exhibitione planius expressit Ulpianus in *L.* 9. §. *quantum, eod. tit,* ut diceret, *exhibere esse in eadem caussa præstare in qua fuit, cum judicium* exhibitionis nomine *acciperetur,* ut quis copiam rei habens possit exsequi actionem quam destinavit.

XXXI. Caussam rei restitui non semel supra diximus, ut in petitione hereditatis, et rei vindicatione, esse veteribus præstare ut actor habeat omne quod habiturus foret, si eo tempore quo judicium accipiebatur restituta res fuisset, *L. præterea, D. de rei vind. L. cum fundus,* in pr. *D. si cert. pet.* quomodo et in hac actione usurpatur, ut declaratur nominatim in §. *si ad exhibendum, Inst. de off. jud.* Hæc verba et ad rem de qua agitur, et ad commoda externa rei pertinent, quorum in utroque certam præstationem exigunt. In re hæc exigunt, ut exhibeatur res eadem quæ initio petita est, et ut eodem jure, quo tum fuit cum petita est. Eandem rem possessor exhibere videtur, si exhibet idem corpus eadem substantia, quæ fuit tempore litis contestatæ. Itaque si re in aliud corpus translata, novum corpus exhibet, puta massam quam ex scypho in judicium deducto fecerit, æque teneatur ad exhibendum, quia mutata forma prope interemit substantiam rei, ut est in *L. Julianus,* 9. §. *sed si quis rem, D. ad exh.* At si eodem corpore et eadem specie manente rem exhibeat, quamvis exhibeat deteriorem, forte animal debilitatum aut eluscatum, placet nihilominus possessorem absolvi debere: diserte scriptum in *L. si quis hominem,* 17. *D. eod.* nempe ideo quia non minus videatur eadem res exhiberi quæ aliqua re imminuta aut debilitata, nihilominus pristinæ speciei totius nomen retinet. Sed hoc posterius ex summo jure dictum accipiendum est. Cæterum exhibitionis æquitas (27) facit, ut qui rem dolo vel culpa sua deteriorem factam exhibet, quamvis subtili isto jure non teneatur actione ad exhibendum, teneatur actione in factum. Id ita ex professo temperatur in *L. exhibitionis, C. ad exhib.* quem locum pluribus interpretati sumus ad *L.* 3. *num. pen. D. de cond. trit.*

XXXII. Non est satis eandem rem exhibere. Etiam ita exhiberi oportet, ut sit petitori eodem jure quo fuit, cum judicium acciperetur, ut videatur in eadem caussa præstari: scilicet, inquit Ulpianus, ut actor copiam rei habens possit exsequi actionem quam destinavit, in nullo caussa quam intendit læsa, hoc in *L. Julianus,* 9. §. *quantum D. ad exh.* ubi Budæus recte monet locum ita reponendum, ut modo retulimus, ut sit in nullo caussa quam intendit læsa, pro caussa nulla in re, nulla ex parte, nullo modo læsa: cum vulgo, et quidem in Pandectis Florentinis legatur, in nullo casu quem intendit læsa, aut nullo sensu, aut manifesto mendo, si ad verbum actionis quod præcessit, referatur. Ergo ut res exhibeatur eodem jure, seu ut ex hac exhibitione sit jus actoris in eadem caussa, efficitur hoc modo, si actori re exhibita,

(26) Gœd. ad *L.* 22. *de V. S. n.* 4. *et* 2. *seqq.* Exhibere, ait, quasi *ex* id est in publico seu palam, et *habere,* id est ostendere et præbere, quia qui exhibet e penu rerum suarum, quod habet depromit et profert. Ideoque nec res soli, nec jura et nomina exhiberi proprie dicuntur, sed edi, nisi nomina pro tabulis accipiantur, et tabulæ tanquam res corporales petantur.

(27) Re semel exhibita, non potest amplius hac actione agi, et si deterior res, quia hæc actio concernit substantiam rei, quæ est ipsa forma. Nec potest amplius agi propter aliquam qualitatem. Sed datur actio ex L. Aquilia ad æstimationem detrimenti, Sich. ad *L.* 7. *C. hoc tit. n.* 5. *et* 6. ubi *n.* 7. aliud esse in contractibus bonæ fidei, ubi res reddita non videtor, quæ deterior; vid. Et Don. noster. ad *L.* 3. *de cond. tritic. n.* 30. *et* 35. Gœd. ad *L.* 14. *de V. S. n.* 10.

sit integra actio principalis propter quam ad exhibendum egerat et quam re exhibita exsequi destinarat; sitque ita integra ut initio fuit, cum ad exhibendum actum est. Proinde quocunque modo fiet ut inter moras exhibitionis actio ista principalis actori intercedat, totidem modis eveniet ut non videatur res exhiberi, eoque nec possessor absolvi debeat. Id autem pro actionis principalis qualitate accidere potest duobus modis, usucapione rei, et temporis actioni quærendæ præstituti exemptione. Usucapione adversus eum qui in rem acturus erat. Nam si ad exhibendum egit qui adhuc dominus erat, non dubium quin dominus esse desinat, atque una amittat in rem actionem quam exsequi destinarat, si possessor qui rem cœperat usucapere, inter moras exhibitionis usucapionem impleat: quam constat etiam post litem contestatam impleri posse, *L.* 2. §. *ult. D. pro empt.* Qui ergo post litem de re exhibenda contestatam *ita usucaptum exhibet, non videtur*, inquit Ulpianus, *exhibuisse, cum petitor intentionem suam perdiderit.* Et ideo absolvi eum oportere negat: *nisi*, inquit, *paratus sit repetita die intentionem suscipere, ita ut fructus secundum legem æstimentur*; hoc ille in *d. L.* 9. *penult. eod.* Sensus est; nisi possessor paratus sit suscipere intentionem sequentis actionis in rem ita, ut velit se teneri ea actione ad rem restituendam ex eo die quo primum ad exhibendum actum est; ut sic et actionem amissam in se suscipiat, et restitutio retroversus ad diem actionis primum institutæ referatur. Unde eveniat ut et fructus in ea actione ex eadem repetita die æstimentur secundum legem, idest secundum conventionem superiorem. Temporis constituti exemptione amittitur actori in rem actio, cum optione intra certum tempus data, judicium exhibitionis eo usque pertractum est, ut interim tempus optionis exiret. Quod cum fit, quanvis exhibeat postea heres eas res quarum optio legata est, damnandus est nihilominus; quia exhibeat tum cum frustra sit exhibitio, facultate optandi eoque et actione legati legatario amissa. Et hoc si per heredem stetit quominus exhiberet tempore judicii accipiendi. Quod si non stetit, quia moram non fecit, absolvendus est: hoc in *L. si optione*, 10. *ad exhib.*

XXXIII. Commoda externa rei sunt fructus animalium, et ancillarum partus, quæ ut in caussa rei numerantur, ita et in restitutionem hujus actionis cum exhibitione ipsa placet venire, *d. L.* 9. §. *penult. eod.* §. *si ad exhibendum. Instit. de offic. judic.* Quod tamen posterius de restitutione dictum sic accipiendum est, si quidem et possessor actione ad exhibendum victus nolit amplius de re contendere, sed paratus sit ea cedere actori. Quod si re exhibita pergat nihilominus negare rem actoris esse, et velit de eo adhuc directo judicio in rem quæri: perspicuum est nihil (28) eum de accessionibus rei restituere cogendum esse, qui nec rem ipsam restituere debeat. Idque ita recte interpretatur Accursius in *d. L.* 9. §. *penult.* ubi et recte monet eodem modo accipiendos esse eos locos omnes, quibus ex actione ad exhibendum restitutionis mentionem fieri legimus: ut *d. L.* 9. §. *ult. L.* 5. §. *idem Julianus.* §. *item Celsus. L.* 7. §. 1. et deinceps usque ad finem, *eod.*

XXXIV. Postquam tenemus, quid sit exhibere, et omnino quid sit in eo quod ex hac actione reus præstare debet: reliquum est tertium, ut si jussus reus hæc præstare non præstet, videamus quæ sit adversus eum condemnatio: Et scriptum est in *d.* §. *si ad exhibendum*, in fin. *Inst. de offic. judic.* condemnandum eum in id quod actoris interest, Quo verbo continentur ea omnia quæ vel habuit actor vel habere potuit, si res statim exhibita esset, quæ quia res initio exhibita non est, amisit; ut quia amisit actionem quam exsequi destinarat, nec ea illi restituitur; quia fructibus caruit; quia partu ancillæ; quia hereditas illi amissa est ob id; quod servus non exhibetur: qualia commemorantur in *L.* 9. §. *ult. L.* 10. *L.* 11. in princ. *D. eod.* Sic autem istæ res veniunt in condemnationem hujus judicii ut earum damnum æstimetur officio judicis; sic deinde his æstimatis, quanta ea æstimatio erit, in tantam pecuniam reus condemnetur, *L. si optione*, 10. *eod.* Sed ut in cæteris actionibus in rem et aliis arbitrariis, sic et in hac quæ et ipsa est arbitraria, duplex in hac re æstimatio recepta est. Una adversus eum, qui per contumaciam dolove malo rem non exhibet. Adversus hunc committitur æstimatio jurijurando actoris in

(28) Gœd. ad *L.* 22. *de V. S. n.* 9. caussas et accessiones tunc præstari hic docet, quando exibere jussus contumaciter arbitrio judicis non paruit. Plane principalem actionem huic præparatoriæ in eodem libello jungi, et ut vulgo, cumulari posse convenit, cum id ad compendium litium tendat Oldend. *Cl.* 3. *Act.* 1. *Q.* 7. Sich. *ad Bub. C. h. t. n.* 8. Sixtin. *Cons. Marp.* 13. *n.* 1. *et* 4. *Vol.* 1. Sed præparatoria ex officio prius expedietur, ac de ea pronunciabitur, Oldend. et Sich. *d. loc.* Sixtin. *d. Cons.* 13. *n.* 18.

litem, ut quanti is litem æstimarit juratus, seu quanti juraverit sua interesse rem initio fuisse exhibitam, vel ex affectu, in tantam summam reus damnetur, *L.* 3. *§. præterea*, *L.* 5. *§. idem Julianus, D. ad exhib. L. in actionibus, D. de in lit. jur.* Altera est adversus eos qui nihil neque ante fecerunt dolo malo, neque nunc faciunt quominus rem exhibeant. Ea autem est justa et vera æstimatio, ut quanti quidque est re vera tantum præstare reus jubeatur sententia judicis, de qua in *L.* 9. *§. ult. ad exhib.*

XXXV. Atque his rebus continetur finis et effectus hujus judicii, qua parte actorem attingit. Possessoris finis est, non ille tantum communis, ut actore non probante absolvatur, quod jus publicum est, *L. qui accusare, C. de eden.* sed etiam hic ut, si victus rem exhibere debet et restituere paratus est, indemnitas et ab actore præstitur.

XXXVI. Quæ duarum rerum nomine postulari solet; aut impensarum quas possessor in rem fecit, aut damnorum quæ a re de qua agitur contigerunt. Impensas quæ tuendæ rei caussa in dies fiunt, veluti si quis animalia pavit, curavit, servos aluit, vestivit, possessor non deducit; sed agnoscere cogitur, et compensare cum operis rei quibus ipse usus est. Quod si operis uti non potuit, ut quia servus exhibendus apud officium depositus fuerit, etiam has impensas, si quas fecit, possessor deducet: judicatur hoc in *L. sed etsi*, 11. *§.* 1. *ad exhib.* congruit *L.* 3. *L. pen. D. de imp. in res dot. fac.* Damna ex se contingentia possessori rem restituenti amolienda sunt, et præterita quidem ei præstanda; de futuris autem, si qua possessor metuat, illi cavendum: nec, nisi his depensis aut cautione amotis, cogitur possessor rem restituere. Præteritum damnum est, veluti si navis mea vi fluminis in alienum agrum delata eo impulsa fruges corrupit, arbores dejecit crustam sustulit. Non prius possessor cogetur navem meam mihi restituere, quam ei de præteritis istis damnis satisfecero. Futurum damnum est, quod juste metuas; veluti si dum navem istam meam; dum stercus meum in alieno congestum; dum rudera, quæ ex ædibus in alienam deciderunt tollere volo, hujus rei potestate mihi facta; postea non tota tollam, sed aliquid relinquam, quod alienum oneret. Ego quidem tota tollere debeo, nec aliter mihi conceditur partem ullam tollere, quam si totum tollam. Sed quoniam, cum dixero initio me totum sublaturum, fieri potest ne faciam: adversus hoc periculum adhibetur cautio; ut non aliter mihi tollere concedatur quam si de futuro isto damno caveam. Hæc de damnis superioribus in his ipsis exemplis indicantur in *L.* 5. *§. idem Julianus §. item Celsus, § sed etsi ratis, ad exh.* Sed et ex ipsa sublatione rei nostræ varie futurum damnum metui potest: si, puta, ad rem meam eruendam extrahendamve suffosione, si ad avehendam jumentis aut plaustris aut crebra itione opus sit, quibus rebus aut facies soli mutari, aut sata et segetes lædi possunt. Quapropter et de futuris his damnis prospectum esse debet possessori patienti nos res nostras exhibitas tollere. Quam ad rem valet cautio damni infecti: quæ ideirco ab actore prius exigitur, quam consequatur actor tollendi facultatem, *L.* 9. *§.* 1. *in fin. D. eod.*

# HUGONIS DONELLI

## JURISCONSULTI

# COMMENTARIORUM DE JURE CIVILI

## LIBER VICESIMUS PRIMUS

### CAP. I.

Rectæ actionum in personam institutionis compendiaria descriptio, indicans quibus, adversos quos, qua de re, cujus præstationis obtinendæ caussa hæ actiones competant; nec aliud genus actionis superesse.

*Transitio Qui ordo et methodus in actionibus in personam tenenda.* I.
*Non oportere varia talium actionum genera distingui; et quare.* II.
*Quæ ad rectam actionum in personam institutionem pertinent, ex quibus locis petenda.* III
*Singulis obligationibus suarum actionum adjuncta institutio cum jure optimo, tum veterum exemplo.* IV.
*Tali methodo non officit illa juris partitio, quod in personas, res, et actiones distribuitur.* V.
*Cur qui actionum in personam, non idem actionum in rem conjunctus tractationis ordo serratus.* VI.
*Hoc etiam loco de actionum in personam institutione tractari; sed alia rerum significatione.* VII. V.
*Item alio de ejusmodi actionibus fine et effectu.* VIII.
*Finis atque exitus prætoriarum stipulationum ab illo quatenus differat, qui est aliarum in personam actionum communis.* IX.

I. Actionibus in rem cognitis et iis quæ ad rectam earum institutionem pertinebant, in quem locum superior tractatio desiit: (1) sequuntur in personam actiones, alterum actionum genus de quo proposuimus, et id unicum quod restat. Neque enim mixtas actiones ullas tam in rem quam in personam agnosco, de quo disserui ad §. 1. *Inst. de act.* Nam illæ, quæ ita mixtæ videri possunt, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum, mixtæ non sunt, sed in personam dumtaxat, ut illic ostendi, Dicuntur tamen in §. *quædam, Instit. de action.* mixtam caussam obtinere videri tam

(1) Vulgo ideo reales præcedere. quia potiores sint, digniores ac firmiores; cum non ut hæ personam sequantur, sed etiam contra non obligatum competant. Plenioresque quia ex jure in re constituto, cum et personales egestate rei sæ e reddantur inanes, Wesenb. *ad Rub. C. de inoff. test.*, n. 1. Sneidvin. *in §. 1. I. de act. n.* 58 Sich. *ad Rub. C. de reb. cred. n.* 2. *et* 3. (ubi *n.* 4. Principem etiam sine caussa alicui adimere posse actionem in personam, in rem vero non item, quod vis tamen largiendum. Contra Coras. *ad Rub. D. de reb. cred. n.* 6. actiones in personam digniores censet ex subiecto digniore, persona. Neque enim semper quod potentius, idem dignius esse. cum delegatus a principe ordinario dignior sit, et Dec. *ibid.* referente Fachin. 11. *Contr.* 63 Vult. 1. *Disc.* 4. *initio* Verum Sich. *d. n.* 2. res non quia personæ digniores rebus *L.* 2. *de stat. hom.* ideo et actiones in personam. Neque enim uti res ipsa petitur, ita et persona Fach. *d. Cap.* 63. Firmiores quoque arguit Coras. esse personales, cum exempta persona non æque, uti reales re extincta, pereant. Ad quod pariter responderi potest procedere argumentum si persona ipsa peteretur. Et imo interitu ac ammissione rei debitæ æque tollitur actio in personam *supra Lib.* 16. *Cap.* 1. *et* 6.

in rem, quam in personam. Sed recte videri. Re enim vera non obtinent. Et in actionibus in personam harum quoque rectam institutionem, ut in superiore genere quærimus: eadem illa scilicet, quibus diximus omnem actionis rectam institutionem contineri: quibus competant; adversus quos; qua de re; cujus præstationis obtinendæ caussa.

II. In quo explicando non necesse habemus distinguere initio genera harum actionum, ut in actionibus in rem fecimus. Nam actiones in rem singulæ suas proprias et distinctas caussas habent, ut de his caussis in commune dici non possit idem quod ad omnes ejus generis actiones pertineat: unde necesse fuit distingui genera et de singulis separatim cognosci. Actionum autem in personam una communis est (2) obligatio: sic enim in universum describitur in personam actio, ut sit qua cum eo agimus qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum; et semper adversus eumdem locum habet, *L. actionum, D. de obl. et act.* §. 1. *Inst. de act.* Ex quo et formula loquendi usitata nostris, ut dicatur obligatio parere in personam actionem, ut in *L. licet*, §. *ea obligatio, D. de procur.* Jam vero cum obligatio sit *juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus rei alicui solvendæ*, quomodo definitur *Inst. de obl.* in prin. apparet cum in personis obligationem constituentibus, tum in re, itemque præstatione obligationis propria, communia quædam esse obligationum omnium, quæ ut cuique obligationi pariter insunt, ita possit recte de omnibus in commune responderi. Sunt autem hæc: In personis semper duo inter quos obligatio intercedit; unus qui obligatur, et aliquid debet; alter cui hic obligatus est, et cui debetur. Ex quibus ille uno verbo debitor appellatur, *L. debitor, D. de verb. sig.* hic generaliter creditor, *L. creditores, L. creditorum, D. eod.* etsi proprie creditor is est qui alteri assentiens, in contractu ejus fidem sequitur, *L. 1. D. si cert. pet.* Res obligationis id quod ea obligatione debetur. Finis et effectus, hujus ipsius rei præstatio sive solutio. Quæ cum ita sint, licet jam ex caussa effectum æstimemus. Habet hasce res omnis obligatio. Sunt ergo eædem et actionis omnis in personam, quæ ex illa caussa nascens eam per omnia sequitur. Quapropter est etiam jam quod de superioribus illis quatuor in omni actione in personam, ad rectam judicii institutionem recte in commune respondeamus; competere hoc genus ei qui alium sibi obligatum habet, uno verbo, creditori: competere adversus hunc ipsum qui illi obligatus est: competere de eo quod ea obligatione debetur præstandumve est: competere eo, ut quod debetur, quale quantumve est, ita solvatur.

III. Ita solum huc nunc res redit, ut quæratur quis cui obligetur, tum quid obligatio quæque contineat ad necessitatem præstationis. Atqui de his omnibus ante diximus in ea parte quæ est de obligationibus. Quis est enim qui alium sibi obligatum habet? Et cum omnis obligatio nascatur cuique ex certis caussis, nempe is alium obligatum habet cui ejusmodi aliqua caussa constituta est, ex qua illi vinculum istud juris ad alium adstringendum natum est. Ac de his caussis, atque hinc de generibus omnibus obligationum in eo argumento satis diximus. Quis est, qui obligatur alteri et ei quid debet? Qui ex iisdem obligationis caussis alteri obstringitur, videlicet de quibus ibidem a me dictum est: ut appareat ex quibus caussis intercedit obligatio inter aliquos, ex iisdem caussis nasci et adversus alterum actionem in personam: extra has caussas nunquam cuiquam adversus alterum esse actionem hujus generis. Indicat Justinianus in *L. 1. Institut. de act.* qui actionem in personam proditam ait, qua agatur cum eo qui et obligatus est vel ex contractu, vel ex maleficio, aut aliis quibusdam modis: quibus verbis apparet eum easdem actionis in personam caussas constituere, et obligationis. Jam quid est illud quod in obligatione versatur, et inde præstandum est? Varium omnibus modis; sed id de quo in obligationibus, partim in commune ubi res tulit, partim in singulis generibus obligationum, si quid earum proprium fuit, separatim diximus. Quod etsi tum fecimus diligenter; tamen non erit inutile hoc loco monere ad eam nos cognitionem plurimum juvari posse cognitione earum divisionum quatuor quas Justinianus postremas posuit sub *titul. de action.* Certe divisiones ad hanc partem explicandam pertinent: docent enim quid quantumque in obligationem et actionem constituto jure venire soleat extra manifestum consensum. Primam intelligo, qua ita dividuntur actiones, ut quædam sint rei persequendæ caussa comparatæ, quædam

(2) Coras. 6. *Misc.* 5. *n.* 7. Gifan. ad *L.* 25. *de O. et A. n.* 48. ubi in *seqq.* 24. differentias actionum in rem et in personam percenset. Diss. Vult. 1. *Disc.* 4. *et ad* §. 1. *I. de act. n.* 4. *et seqq.*

pœnæ persequendæ, quædam mixtæ, *§. sequens, Instit. de action.* Quæ divisio ostendit, si jus consulitur, non tantum venire in actionem id quod nobis abest, ut præstandum sit; sed etiam interdum facti pœnam. Proxima illa divisio est, qua dicuntur actiones omnes vel in simplum conceptæ esse, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum, *§. omnes, Inst. eod.* Hæc divisio aperte, quantum esse soleat in obligatione, præcipue pœnali, indicat. Sequitur illa tertia, qua dicuntur quædam bonæ fidei esse, quædam stricti juris; et quod tertium hujus divisionis genus est, quædam arbitrariæ: de qua in *§. actionem, §. præterea, Institution. eod.* Cujus divisionis usus hic est, ut quoniam singulæ species diversas præstationes tacitas a jure acceperunt, eæ quæ et quales sint in singulis quæramus: de quo ad eos locos satis a nobis dictum videtur. Postrema divisio est quæ docet quasdam actiones esse, quibus semper solidum quod nobis debetur persequimur; quasdam, quibus modo solidum, modo minus; puta quibus aut condemnatur reus in id quod facere potest, aut agitur de peculio, de in rem verso, tributoria. De qua in *§. sunt præterea*, et deinceps usque ad finem *titul. de action.* quam ad divisionem pertinet earum cognitio quæ competunt adversus patres, dominos, exercitores navis, dominos mercis ex contractibus filiorum, servorum, magistrorum, institorum: de quibus Tituli continenter, *Quod cum eo qui in alie. potest. est negot. gest. esse dic.* et Titulus *de noxal. action.* Nos autem de bis inter obligationes abunde suis locis diximus. Postremo quænam est illa rei debitæ præstatio et solutio quam obligationis et actionis in personam finem statuimus? nempe ut eum omnis obligatio in dando sit aut in faciendo, id ipsum detur aut fiat, *L. 2 in princip. D. de verbor. obligation. L. actionum. D. de obligatio. et action.* In quo adversus eum qui non det aut faciat, quæ condemnatio esse debeat, etiam suo loco in vi obligationum diximus.

IV. Cum ergo superiores partes in tractatu obligationum diligenter a nobis sint expositæ, simul et de actionibus in personam, deque omni recta earum institutione satis dictum esse existimare debemus. Neque enim difficile est ex caussa effectum, præsertim qui necessario sequatur, colligere. Et tamen ne quid hic admodum opus sit collectione, etiam singulis generibus obligationum adjunximus suas actiones, indicavimusque, quæ, quibus, adversus quos, qua de re, cujus præstationis obtinendæ caussa competerent, quia ex bis vis et potestas cujusque obligationis intelligeretur. Idem fecerunt omnes juris auctores, quoties de obligatione aliqua tractarunt. Nam sermone de aliquo genere obligationis instituto, statim contulerunt orationem ad actionem quæ inde nascitur, et ostenderunt cui, adversus quem, qua de re, et quam ad præstationem pro qualitate obligationis cujusque actio competeret. Ut observare possumus cum in aliis titulis hujus generis, tum maxime in his, De negotiis gestis, De constituta pecunia, Commodati, Depositi, Mandati, Locati. Quod et ipsum factum videmus in Institutionibus; ut *tit. quib. mod. re cont. obl. tit. de verb. obl.* in pr. *tit. de oblig. quæ ex quas. contr. §. 1.* In quo neque veteres rectum ordinem docendi perverterunt, neque nos eum quem in his tractandis nobis præscripsimus, conturbamus.

V. Etsi enim ita est divisio juris, quæ et nobis proposita est, ut jus omne pertineat aut ad personas, aut ad res, aut ad actiones; in quo apparet res ab actionibus distingui; proinde et obligationes, quæ numerantur inter res incorporales, ab actionibus: tamen in ista actionum in personam cum obligationibus conjunctione nihil adversus superiorem divisionem et institutum nostrum facimus. Meminisse enim oportet ejus quod initio hujus tractationis monuimus, actionis verbum bifariam accipi. Uno modo, ut significetur jus agendi: quomodo definitur *Inst. de act.* in pr. Altero, ut sit ipsa persecutio, cum scilicet jus agendi ad rem confertur, deduciturque in judicium. Si hoc verbo jus agendi intelligimus, sine dubio actio res est non minus quam obligatio: quinimmo multo magis, cum obligatio qua quis tenetur, magis sit in persona obligati: actio autem quæ nostra est, sit in bonis nostris et patrimonio, denique pars bonorum, *L. bonorum.* in fin. *D. de ver. sig. L. pœnales, D. ad leg. fal.* Qua ratione et inter res incorporales recte numeratur. At de hoc jure sentimus, cum de actione in personam agimus inter obligationes: de quo et veteres sentiunt, ut licet intelligere ex definitione actionis, quam in eo argumento versantes definiunt jus judicio persequendi, *d. tit. Instiut. de act.* in princ. Quod si actionis verbo intelligimus ipsam judicii persecutionem quæ in facto consistit, hæc vero res non est, eoque et a rebus, et ab ipso illo jure agendi quod in actione esse diximus, omnino distinguitur. Ac de ea persecutione superior divisio juris accipienda est. De ea et nunc separatim agimus, neque eam cum rebus

permiscemus: sic tamen utrumque, ut velimus intelligi, hanc ipsam persecutionem judicii ex jure agendi effici omnino et pendere. Neque hic quidquam dicimus proprium actionum in personam. Ipsæ adeo actiones in rem, quatenus hoc verbo jus agendi in rem significatur, res sint et inter jura rerum privatarum recte collocantur, si usus ferat. Quod et nos secuti in servitutibus, conjunctim cum his diximus etiam de earum vindicatione: quia servitutum conditio conjunctionem exigere videbatur. Cæteras actiones in rem in hunc locum retulimus, in quo de persecutione judicii agitur: quia et ad eum pertinent, quatenus in his ipsam vindicandi actionem quæ tractatur in judicio, cogitamus.

VI. Cur ergo de actionibus in personam omnibus egimus conjunctim cum obligatione cujusque actionis propria, in actionibus autem in rem non idem servamus? Rerum conditio in caussa est. Obligationis omnis hæc (3) conditio est, non modo ut cum sua actione necessario vinculo sit conjuncta, sed ut ne sine ea quidem possit intelligi. Nam si obligatio est juris vinculum quo necessitate quis adstringitur ad aliquid præstandum; satis intelligitur omnem vim, et potestatem obligationis positam esse in ea necessitate præstandi. Atqui ea necessitas est in actione in personam. Hæc enim est quæ istam necessitatem adfert, dum judicio conventum eum, qui obligatus erat, cogit per judicem præstare id quod debuit: et quatenus hæc necessitas est actionis, catenus progreditur obligatio, non longius. Quare si hac necessitate præstandi non cognita, quid sit obligatio non intelligitur, nec sine sua actione potest intelligi quæ hanc necessitatem continet. Quid, quod si quis qui obligatus erat, recuset dare aut facere quod debet? non alia hic obtinendi juris nostri adversus invitum ratio est, quam per actionem: ut profecto ab obligatione non possit divelli actio, quæ una hic jus nostrum quod ab obligatione est, nobis tuetur. Non sunt in eadem caussa actiones in rem. Nam qui dominus est alicujus rei, aut rem alio modo ad jus suum pertinentem possidet, potest hoc jus suum tenere etiam adversus invitos, quamvis actionem in rem non habeat, aut non exerceat. Potest enim possidens vi defendere adversus vim: potest defendere justo judicio vel inficiatione sola vel exceptione. Quæ res ostendit nihil esse incommodi actiones in rem a jure privato rerum nostrarum sejungere, ut seorsim a rebus et conjunctim ipsæ inter se omnes uno in loco tractentur. Quod et nos fecimus, et in hanc partem eas ante retulimus. Non tamen ideo solum, quia per conditionem rerum quarum nomine illæ actiones competunt, id facere licebat: sed maxime quia salvis rebus commoditas docendi videbatur id postulare. Nam actiones in rem numero paucæ sunt: ut non difficile nec longum fuerit eas unum in locum conducere. Porro earum conjunctio et comparatio inter se magnopere ad earum cognitionem conducit. Sic enim fit ut ex similitudine et dissimilitudine singularum facilius perspiciatur et certius quæ et quales sint singulæ.

VII. Illuc redeo; cum de obligatione omni, caussis et præstatione ejus supra dixerimus, adjunxerimus etiam cuique suas actiones, idque opportuno loco; abunde huic parti satisfactum videri, in qua de recta actionis institutione quæritur. Tantum monere satis est, nos et inter obligationes conjunctim egisse de actionibus in personam, et de iisdem etiam nunc agere: sed prius egisse de jure agendi, quod actionis verbo illic intelligi volumus, et voluerunt veteres: hic agere de ipsa persecutione quæ in judicium deducitur. Hanc persecutionem rem quidem novam esse et distinctam a jure agendi: sed tamen ejusmodi, quæ rectam institutionem cum jure agendi communem habeat. Tantum enim quisque in judicium deducere potest effectum juris sui secutus, quantum prius in jure suo habuit, idest in caussa juris sui exsequendi.

VIII. Est tamen nonnihil quod ad finem simul et effectum actionis in personam pertinens superioribus adjiciamus, quod ante in tractatione obligationum forte prætermissum hoc potissimum loco, id est extremo commode inseri posse videtur. Id tale est. Cum omnis actio in personam eo spectet ut detur quid aut fiat, *L. actionum. de obl. et act.* Quid fiet, si id petitum datum aut factum non erit? Nempe hoc superest, ut quanti quæque res est quæ præstari debet, tanti lis æstimetur a judice, a quo et reus in tantam pecuniam condemnetur: de quo et inter obligationes dictum a nobis est, cum quæreremus quid quantumque in obligationem dandi faciendive veniret. Hic ergo quæri solet quomodo res quæque hic æstimari debeat, ex verone, an ex actoris affectu. Et gene-

(3) Confer Greger. Lopez. *Animadv. Cap.* 10. *n.* 2.

raliter probatum est, unamquamque rem ex (4) vero æstimandam, et quod veteres dixerunt: *pretia rerum non ex affectione et utilitate singulorum, sed communiter fungi*, scilicet ut tanti sit res quæque, quanti omnibus valet. *L. si servum*, 53. *D. ad leg. Aquil. L. pretia, D. ad leg. Falc.* Et hæc quidem hactenus ex superioribus pro loco intelligi potuerunt. Nunc hic monendi locus est quod dicere cœperam, hoc ita esse nisi actio jusjurandum in litem admittat. Hic enim jurat quisque et æstimat rem quanti esse judicat etiam ex affectione. Jam vero huic jurijurando locum esse, etiam in actionibus in personam. Sed primum pro communi lege hujus jurisjurandi adversus eum tantum qui dolo malo faciat, feceritve quominus rem quam debuit, præstet. Deinde cum hac exceptione, ut ne sit huic jurijurando locus in actionibus hujus generis omnibus, ut fit in omnibus actionibus principalibus in rem et in actione ad exhibendum; sed solum in actionibus bonæ fidei, ut traditur in *L.* 5. *D. de in lit. jur.* ac ne in his quidem omnibus, sed iis dumtaxat quibus id agitur ut res a nobis restituatur, ut commodati, depositi, locati, dotis et similibus, ut docuimus ad *d. L. si, de in lit. jur.*

IX. Sed et quod dicimus, si quis non det aut faciat quod debet, finem et exitum judicii hunc esse, ut damnetur reus in litis æstimationem, et æstimationem talem qualem modo diximus; in omnibus fere actionibus in personam perpetuum est. In uno genere prætoriarum stipulationum locum non habet. Harum stipulationum petitio inter actiones in personam numeratur, *L. actionis. D. de oblig. et act.* quæ qua ex obligatione nascatur, et unde obligatio, sequenti Capite ut in loco mihi constitutum breviter dicere. Nunc, hoc concesso quod inde sumetur, stipulationes prætorias quas ab illo per magistratum petere possimus, tres esse, damni infecti, legatorum servandorum caussa, rem pupilli vel adulti salvam fore: de his monendi sumus, si quis eorum a quibus hæ satisdationes jure exiguntur, eas non præstet ut debet, nullam hic fieri condemnationem adversus recusantem in id quod petitoris interest; sed reum hunc pati exitum, ut ex duabus prioribus mittatur petitor in possessionem rerum custodiæ caussa, ex tertia tutor aut curator removeatur a munere publico. Idque fit hoc modo. Si quis ob ædes vitiosas desideranti vicino non cavet damni infecti, mittitur vicinus in possessionem earum ædium, quarum nomine caveri oportebat, *L. prætor, D. de damn. inf.* Si petentibus legatariis quibus quid legatum est in diem aut sub conditione, heres non satisdet legatorum servandorum caussa, quæ satisdatio jure ei injungitur, de quo *tit. D. C. ut leg. seu fid. nomi. cau.* mittuntur legatarii in possessionem rerum hereditariarum, ut per custodiam earum sibi legata servent in eum diem, cum aut dies legati venerit, aut conditio exstiterit: in quam sententiam est alter Titulus sequens, *ut in poss. leg. seu fid. causs. esse lic.* Si tutor aut curator desiderantibus pupillis vel adultis, aut propinquis amicisve eorum, jubente prætore, non satisdet rem pupilli vel adulti salvam fore, petitionis exitus hic est ut removeatur ille a tutela, hic a cura: uterque si inopia id faciat, sive infamia: si fraude, etiam cum nota, *L.* 1. *L.* 2. *C. de tut. vel cur. qui sat. non ded.* Quibus breviter et in universum cognitis de actionibus in personam, nihil videtur esse in re quod ad certam earum institutionem informandam requiramus. Dixi in re, quia de nomine actionis dubitari solet an necesse sit id exprimi ad actionem recte instituendam: de quo etiam sequenti Capite aliquid attingemus.

(4) Vid. *supra Lib.* 8. *Cap.* 24. *n.* 14. *N.* 11. *et* 12. Et justo pretio rerum; quodnam, unde cognoscatur et æstimandum sit, vid Viv. *Lib.* 1. *Decis.* 70. Coler. *de Process. exsec. P.* 3. *Cap.* 9. *n.* 144. *et seqq. et Cons.* 29 *n.* 16. *ac seq. et n.* 174. Hering. *de Fidejuss. Cap.* 22. *n.* 67. fuse Io. Bapt. Asin. *Tract. de Execut.* §. 7. *C.* 170. *et seqq.*

## CAP. II.

Quæ sint divisiones actionum in personam, quæ nomina et quam varia: horum quæ significatio et quis usus.

*Quorsum spectant actionum in personam tot divisiones et nomina. Hinc investigari tria oportere; et quæ.* I.

1. *An et quo jure constitutæ sunt. Hac de re obtinuisse apud veteres actionum divisionem in civiles, prætorias et extraordinarias. Quid harum singulæ.* II.

*Item divisionem actionis utilis et directæ. Compendiario utriusque descriptio.* III.

2. *Quæ sint; et qui nuncupentur actiones hujusmodi. Quædam nomina ad genera summo revocari; quædam ad subjectas species.* IV.

*Ad genera summa actionem sive condictionem, interdictum, cognitiones extraordinarias, prætorias stipulationes reduci.* V.

*Quid sit actio in specie, sive condictio; unde condictionis origo.* VI.

*Quid interdictum, et quotuplex; quæ nominis derivatio.* VII.

*Quid cognitiones prætoriæ, et unde dictæ.* VIII.

*Quid prætoriæ stipulationes, et quatenus actiones nuncupatæ; tres istæ. Singulæ breviter exponuntur.* IX. X.

*Ad species generibus subjectas pertinere in personam actiones quæ ducuntur ex communibus octo locis.* XI.

*Compendiaria cujusque descriptio*:
- *A caussa efficiente.* XII.
- *A re ipsa petita.* XIII.
- *A forma agendi.* XIV.
- *A fine et effectu.* XV.
- *A nomine legis.* XVI.
- *Ab auctore.* XVII.
- *A personis contrahentium.* XVIII.
- *A primis edicti verbis.* XIX.

*Solemnia actionum nomina moribus nostris ab usu recessisse judiciorum.* XX.

3. *Actiones eædem quales sint. Hujus loci propria divisio quæ actionum ordinem inter se mutuum designat: et quæ hæc sit.* XXI.

*Item divisio actionum illa quæ qualitatem et quantitatem præstationis continent. Quadruplex ista, et quæ.* XXII.

*Item divisio quæ probandi onus et necessitatem expedit. Hæc cujusmodi.* XXIII.

*Item divisio quæ judicii vim atque exitum spectat. Qualis hæc, quæ nominum significatio, et quis divisionis usus.* XXIV. XXV. XXVI.

Directe *actionis significatio triplex; et quomodo una dignoscatur ab altera.* XXVII.

I. Sed si nihil superest in re quod de recta actionum in personam institutione quæramus amplius quam supra ostendimus: quid sibi volunt tot divisiones actionum in personam, tot et tam varia earum nomina quæ passim in libris nostris occurrunt? Divisiones hæ sunt et nomina ipsarum rerum significandarum caussa comparata, quæ res in obligatione et omni actione recte instituenda versantur, nihil amplius: ut propterea nihil mutetur in rebus, sed per omnia eædem res, et solæ maneant, de quibus diximus. Et tamen ne qui in his nos falsos habeant, operæ pretium est quæ sint eæ (1) divisiones et nomina, quamque significationem et usum habeant, cognoscere: ne si, cum inciderint, ignorentur aut non intelligantur res his subjectæ, aut in his amplius aliquid de rebus ad actiones in personam pertinentibus subesse, eoque et quærendum esse putemus, quam necesse est, et quam supra posuimus. Quæ ut facilius et certius cognosci possint, animadverti debet comparata esse omnia ad explicanda vel potius indicanda ea quæ de omni actione in personam quæri solent. Ea, ut in alia re quaelibet, sic in actione naturæ ordine tria sunt. Primum, cum caussa aliqua exsistet ex qua æquum putemus nobis ab aliquo quid præstari debere, an sit aliqua eo nomine actio.

(1) De divisionibus actionum earumque usu adde Duar. *ad tit. D. de O. et A. Cap.* 8. P. Gregor. 21. *Synt* 8. *n.* 10. *et seqq.* Arnold. ab Haersolte *in Prolegom. de Act. in genere*, Bodin. *Distrib. jur. pag.* 41. *et seqq.* Vult. *in* § 1. *I. de act. n.* 32. *et seqq.*

Secundum, si est aliqua, quæ sit et quo nomine appelletur. Tertium, cum actionem esse constabit et nomen tenebimus, qualis sit et quid contineat ea actio. Sic sunt, inquam, divisiones istæ et nomina actionum in personam, non quidem ut omnia ad omnes istas partes: sed tamen ut singula ad unam aliquam ex his explicandam referantur.

II. Principio igitur cum quæritur an sit aliqua actio, quæstio in eo est, an sit jure constituta. Hanc enim jus cuique tribuit, ac sine eo actio nulla est; quantumvis justa aliqua nobis videatur petendi quid caussa subesse. Unde et actio definitur jus persequendi: ubi verbo juris constat significari potestatem jure tributam. Sic autem jure constitutam intelligemus, si aliqua parte juris sit constituta. Id vero factum esse et qua parte juris factum sit, docet illa divisio haud dubie ad hanc ipsam rem comparata, cum ita dividuntur actiones omnes, proinde et actiones in personam, ut dicantur aut civiles esse, aut prætoriæ seu honorariæ, aut extraordinariæ seu extraordinarii juris persecutiones. Exstant duo priora membra in *L. actionum, §. ultim. D. de obligation. et action.* tria integra traduntur in *L. pecuniæ, §. penult. et ultim. D. de verb. signific.* In quo ne quis existimet constitui aliquas actiones quæ novas aliqua agendi caussas habeant, præter eas quas obligationis cujusque ante posuimus: exstat et obligationum eadem plane divisio in *§. 1. Institut. de obligation.* unde et horum generum in actionibus definitionem petere licebit. (2) Civiles ergo sunt, quæ jure civili constitutæ sunt et, ut alibi loquitur Justinianus, quæ ex legitimis et civilibus caussis, id est legibus et jure civili confirmati descendunt, *§. sed illæ, Institut. de action.* Jure civili constitutas actiones ex his fere partibus juris civilis legimus; legibus, plebiscitis, constitutionibus principum. Legibus; ut lege duodecim tabularum de pauperie, *L. 1. D. si quad. paup. fec. dic* Item arborum furtim cæsarum, *L. 1. D. arbor. furt. cæs.* (3). Plebiscitis, ut lege Aquilia de damno dato; nam hæc lex plebiscitum est, *L. 1. D. ad leg. Aquil.* Constitutionibus, quales sunt quæ indicantur in *§. tripli, §. item ex lege, Institution.*

(2) Quæ et eodem sensu legitimæ *L. 14. §. ult. de præsc. verb.* Nec legitima ea solum, quæ ex 12. tabulis; civilis vero ex aliis partibus juris, ut Mudæ. *in §. 3 I. de act. n.* 9. Nam *d. §.* 3. dicitur ex legitimis *et civilibus* caussis conjunctim, non *aut civilibus.* Ac etsi legitimum stricte quod ex lege, una parte juris civilis, latius tamen usu juris et quod ex aliis quæ, etsi non verbo, est vi ac potestate leges sunt. Sic legitima conventio ex Senatusconsulto *L. 6. de pact.* hereditas *L. 3. §. 2. Pro Soc.* junct. *L. 3. in fin. de pet. her.* Don. noster *ad d. §. 3. n.* 7. Ducta vero hæc divisio ex caussa efficiente, Vult. in *d. §. 3. n. 1. et in § 1. eod. n.* 32 Mudæ. *in d. §. 3. n.* 2. Bodin. *Distrib. jur. pag.* 44. Gifan. ad *L. 25. de O. et A. n.* 105. Plane ut actio civilis esse cognoscatur, spectari vult Sneidvin. *in d. §. 3. n.* 10. 1.° Personam actoris, utrum ei Lex det actionem: non autem Rei, utrum jure prætorio etiam contra aliam personam detur, ut rei vindicatio contra illum qui dolo possessionem amisit. 2.° Originem actionis an aliqua parte juris civilis inducta sit. Sed verius est ex neutrius litigatoris persona hoc æstimari. Nam quod jus agentis ex persona actoris metimur *L. 1. §. 1. Si pars her. pet.* aliorsum spectat. Nec tantum dici civiles quod aliqua parte juris civilis proditæ, sed quod ex legitimis et civilibus caussis descendant *d. §.* 3. ubi Vult. *n. 2. et in §. 1. I. eod. n.* 32. quæ nempe illis ipsis juris partibus ad agendum constitutæ ac idoneæ judicatæ, ex quibus actio oriretur. Etsi enim caussas aliquas harum actionum jus civile per se improbat, ut delicta: tamen ad agendum justas esse agnoscit, et ob id dat actionem ut coerceantur. Don. *in d. §. 3. n.* 9. Nec etiam civiles tantum quæ constitutæ certo jure civili, sed et quæ eo comprobatæ ac confirmatæ. Ut quæ ex dominio, servitutibus, ac contractibus juris gentium, Don. *d. loc. n.* 14. Gifan. ad *d. L. 25. n.* 106. Vult. *ad pr. I. de act. n.* 31. Nam qui ipsamque originem omnium actionum juri civili Romano adscribunt, adeoque usum earum 12. tabulis antiquiorem esse inficientur, vix est ut in iis refellendis digna collocetur opera. Perfectiora certe non in florentioribus solum Græcorum Rebuspublicis, sed et aliis aliarum gentium quibusdam judicia fuerunt, quam in ipsa Roma Romanaque ditione angustis tunc finibus terminata, proxime post mutuatas illas ab Atheniensibus leges sub incunabulis ferme nascentis aut certe lactantis adhuc et balbutientis, si ita loqui licet, Reipublicæ Romanæ.

(3) Num et ex responsis Prudentum? Ita volunt Mudæ. *ad d. §. 3. I. de act. n.* 9. Vult. *ibid. n.* 4. P. Preg. 21. *Syn.* 8. *n.* 11. Hot. *ad d. §.* 3. qui negatorias actiones ad similitudinem confessoriarum a Jurisconsultis institutas esse scribit. Contra Donell. *in d. §. 3. n.* 10. 1.° quia non fuit Prudentum actiones constituere ex aliqua caussa, sed an et quæ prodita sit, interpretari ac ostendere; datas denique com ponere ac certis formulis includere, *L. 2. §. 6 de O. I.* Ita vero puto. Novæ et peculiares actiones nunquam a Jurisconsultis excogitatæ, in quo errat Hotomannus, eorum tamen interpretatione actiones jure civili proditæ sæpe ad casus similes productæ, quæ utiles civiles, ut Vult. *d. n.* 4. vid. *infra n. 3. N.* 8.

*de action.* (4). Prætoriæ, quæ eædem honorariæ, sunt quæ jure prætorio seu prætoris edicto sunt introductæ: quales commemorantur in §. *in personam, Institut de action.* Extraordinariæ seu extraordinarii juris persecutiones sunt actiones in personam quæ nullo jure certo ab initio introductæ sunt; sed primo propter utilitatem in judiciis ad missæ, paulatim postea invalescente usu abierunt tandem in assiduam jurisdictionem. Exemplo est (5) fideicommissi persecutio quæ in *d. L. pecuniæ*, §. *penult. et ultim. de verbor. signification.* non alia de caussa dicitur extraordinaria et extraordinarii juris, quam quod paulatim ita in usum venit ut modo diximus: cum ab initio fideicommissa nulla

(4) Prætorias tri liciter dici, ex Ang. *ad* §. 3. *I. de act. n.* 1. refert Suedvin. *ibid. n.* 12. 1.° Iuventioue ac origine, quæ a Prætore deficiente civili inducta. 2.° Exteusioue: talem esse rei vindicationem contra eum qoi dolo possidere desiit (Quo et alii referunt petitionem hereditatis possessoriam, quod actiooem civilem prætor exteudat ad bonorum possessorem, Arn. ab Haersolte *Proleg. legum. de Act. in genere n.* 23. vid. Mudæ *ad d.* §. 3. *n.* 15.) 3.° A probatiooe, ut actio Commodati *L.* 1. *Commod.* Sed immo eæ solum prætoriæ, ut est *d.* §. 3. quas prætor ex sua jurisditioue (id est edicto. Sic enim alibi passim jurisdictio pro edicto *L.* 1. §. *pen. de postul. l.* 7. *de jurisdict. L.* 11. *de in jus voc. et simil.* Coras. *ad d.* §. 3. *n.* 3 Quia edicta pars jurisdictioois prætoriæ Don. *ibid. n.* 11.) comparatas habet, id est constituit §. 1. *I. de obl.* seu facit ut siot paratæ iis quibus pro onautur. Don. *d. n* 11. Noo autem dicitur quas approbavit Myns. *ibid. n.* 3. Quare origo hic spectanda. Nec uti ea quoque actio civilis quæ jure civili coofirmata, ut *supra N.* 2. itaea quoque prætoria, quæ prætoris edicto. Jus enim civile actiones juris gentium comprobando constituere easdem et inferere in civitatem videtur, quæ oou admissæ non tenerent. Prætor autem eas actiones, quæ legis auctoritate valent, edictis suis pollicendo coostituere illas non videtur, quæ sine auctoritate illius eædem futuræ, Don. *ad d.* §. 3. *n* 14. Quare si quæ actiones ante LL. constitutæ, edicto prætoris monitorio propositæ naturam non mutant, sed maueot civiles, ut actio Commodati *L.* 17. §. 2. *Commod.* junct. *L.* 1. *pr. eod.* Don. *d. n.* 14. Myns. *ibid. n.* 4. Harpr. *n.* 10 *et seqq.* Gifau. ad *L.* 25. *de O. et A. n.* 107. Nec si actio legitur a prætore dari, ideo prætoria, cum in eo reliquiæ extent juris veteris quo impetrari solebat actio et dari a prætore etiam civilis, Mudæ *in d.* §. 3. *n.* 10. Duar. *de O. et A. Cap.* 8. Vult. *ad pr. I. de act. n.* 97. Tametsi quoque civiles ipso jore competere dicautur §. 1. *I. de perp. et temp. act.* et prætoriæ dari. Plane si non nuda et simplex approbatio, sed quæ aliquid novæ adjectiooïs cootinet, per extensionem: ea ratione prætoria actio recte dicitur, ut Myns. *d. loc. n.* 6. veluti rei vindicatio contra dolo desinentem possidere: quia etsi non sit inventum prætoris quod domino datur rei vindicatio: est tameo id quod contra eum datur qui oon possidet. Mudæ *in d.* §. 3. *n.* 12. *et* 15. vid. *supra Lib.* 20. *Cap.* 3. *N.* 4. *in fin.* Prætoriis accensendæ ædilitiæ quæ illarum nomiue continentur *L.* 5. *pr. de V. O.* §. 1. *I. de divis. stip* noo natura, sed ex similitudioe, uti a parte præcipua res deoominari solet, Don. *in d.* §. 3. *n.* 13. *et ad d. L.* 5. Duar. *de O. et A. Cap.* 8. Cujac. 8. *Obs.* 38. Quæritur num actiones Ducum vel Marchiooum LL. provincialibus aut statutis inductæ civiles an prætoriæ. Veluti si hereditas alicui jure statutario delata, ad qoem jure communi noo pertiuet: num petitio hereditatis inde civilis an prætoria? Posterius probat Myns. *in d.* §. 3. *n.* 8. quia omoes magistratus post Imperatorem proximiores siot prætoris jurisdictiooi, quam ullius alterius magistratus Romani, et Mudæ. *ibid. n.* 16 Soeidvin. *n.* 7 excipientes solum duces superiorem non agnosceotes, seu quibus regia potestas. Verum immo cum perpetua hodie Principum imperii sit jurisdictio, cumque in suis quisque ditionibus jura Cæsaris habere censeator, ut not. *supra Lib.* 17. *Cap.* 9. *N.* 7, consequens est eos in locum prætorum et præsidum ooo successisse; adeoque eorom coustitotiooes prætorii juris portionem noo esse: sed a suis subditis pro LL. custodiendas, quibus et oec ipsi auctores adstricti, et incoosulto Imperatore rogare eas et abrogare possunt. Fac. *L.* 9. *de just. et jur. L.* 13. §. 1. *Com. præd. L. ult. de decret. ab ord. L.* 25 *ad municip. L.* 1. *C. de emancip.* vid. Usill. *in* §. 3. vers. *aliæ autem I. de act. n.* 18. *et seq.* Loriot. *Tr. de Act. Axiom.* 4. Fortun. Garcia *ad L.* 7. §. 7. *de pact. n.* 14. Guerin. Piso Soacc. *de Roman. et Venet. Magistrat. inter se comparatione n.* 112. Val. Guil. Forst. *Tract. Justin P.* 2. *Disput* 1. *Th.* 2. *li C.* Barthol. Musculos *de Success. convent. Membro* 1. *Class.* 1. *Concl.* 1. *lit. D. n.* 18. *et seqq.* aliique ab eo citati.

(5) Huc refert Gœd. ad *L.* 34. *de V. S. n.* 5. restitutionem in integrum, bonorum possessionis postulationem, item missionis in possessionem, ac cautionis prætoriæ; salarii denique advocatorum, medicorum etc. exactionem, Ibid. *n.* 13. varie dici actiones extraordinarias 1.° ratione solemnitatis impetrandi, quod hodie sublatum 2.° ratione caussæ efficientis et originis. Ita prætoriæ civilibus et utiles directis collatæ extraordinariæ *L.* 47. *de neg. gest.* quæ differentia superest: 3.° genere perseqoeodi ut *L. ult. de furt.* cujus differentiæ etiamnum usus est. P Greg. 21. *Synt.* 8 *n.* 10. Extraordinarias dici quæ vel jore quidem scripto, ast sine forma communi expediuntur, ut restitutio in integrum: vel arbitrio judicis ex æquitate, jure scripto deficiente, oobilique, ut vulgo judicis officio, add. *not. supra Lib.* 19. *C.* 1. *N.* 10. Ant. Fab 4. *Conject.* 7. Vult. *ad princ. I. de act. n.* 38. *et seq.*

necessitate juris, sed tantum pudore et fide eorum a quibus relicta erant, continerentur: quæ eorum origo et progressus eleganter describitur *Inst. de fid. her.* in prin. Quis ergo hujus divisionis usus? Is quem paulo ante indicavi, ut admoneamur tunc solum actionem esse de re aliqua, cum constituta est aliquo jure. Id jus esse aut civile, aut usu receptum. Quorum unum aliquod, cum quærendum esset et probandum veteribus si adversarius negaret actori ullam esse actionem, ideo et necessarius illis usus hujus divisionis fuit. Hodie nobis divisio nun est necessaria. Jus enim compositum habemus in libris nostris publicæ auctoritatis, quod sequamur. In his, si qua actio non constituitur, actio nulla est. Si qua constituitur, hæc abunde justa est, quæ ex his vim et auctoritatem accepit. Quo constituto, frustra ad aliam vim quæramus amplius quo jure primum actio fuerit introducta, utrum lege, an plebiscito, aut constitutionibus, aut jure prætorio, aut quo alio jure. Valere utrinque hæc investigatio ad cognitionem historiæ potest: ad vim actioni conciliandam, quæ nunc quæritur, (6) nihil facit.

III. Eodem pertinet illa superiori conjuncta divisio qua actionum quædam dicuntur esse directæ, quædam utiles: exstat in *L. actionis, D. de oblig. et act. L. actio*, 47. *D. de neg. gest.* Directa quam utili opponimus, vocatur quæ verbis legis proposita est de ea specie de qua agitur: quasi dicas eam quæ verbis ipsis dirigatur, id est (7) recta feratur

(6) Labitur hic noster. Nam adhuc insignis differentia, quia prætoriæ pleræque annales, civiles perpetuæ *princ. I. de perp. et temp. act. L.* 35. *de O. et A.* supra *Lib.* 16. *Cap.* 8. Mudæ *in* §. 3. *I. de act. n.* 19. Gifan. ad *d. L.* 35. *n.* 4. Barth. Musc. *de Success. convent. Membro* 1. *Concl.* 1. *lit. D. n.* 21.

(7) Et recta datur alicui et in aliquem; quasi in eum ipsa legis verba dirigantur, Don. *ad* §. 4. *I. de act. n.* 11. Baro in §. 2. *I. de fideic. hered.* directum dici quod recte jure antiquo sit, nullius interpretationis indigum, quæ ad consequentium jus antiquum produci solet; Vult. 2. *Jurispr.* 4. *n.* 13. *et ad* §. 1. *I. de act. n.* 33 Directam dici, quæ ex ipsis legis vel edicti verbis expressis datur; formula in ea intentanda ex ipsis verbis legis seu edicti desumpta. Add. Duar. *de O. et A. Cap.* 7. Coras. *ad* §. 4. *I. de act. n* 4. P. Gregor. 21. *Synt.* 8. *n.* 17. qui ex verbis legis, *vel contrahentium* dari scribit. (Quæ adjectio non probanda. Nam et præscriptis verbis actiones utiles sunt, ex verbis tamen contrahentium, vid. *Tr. de Præsc. verb. Cap.* 22.) Et hæc non datur, alii nisi cui lex vel juris aliqua pars expressim proposuit, vel qui eam suo facto, et negocio nempe inito, sibi peperit, accedente tamen et assistente juris confirmatione. Eademque intra viscera ejus cui parata est, ita hæret ut divelli ab eo nequeat, nec in eum cui cessio facta est recta transire potest Curt. 3. *Conject. ad Viv.* 1. vid. *supra Lib.* 15. *Cap.* 44. *n.* 18. Vocaturque ordinaria *L.* 5. *C. Si rei al. pig.* specialius civilis *L.* 14. *de precar.* ut *supra Lib.* 14. *Cap.* 34. *n.* 7. et legitima *L.* 22. §. *ult. de aq. pl. arc.* Vult. *ad d.* §. 1. *n.* 33. Etsi alias et plures utiles actiones civiles, nec omnes prætoriæ, §. *ult.* 1. *de L. Aq.* (ubi utilis actio L. Aquiliæ ab actione prætoriæ discernitur) *L. pen. Si quadr. paup. L.* 6. *C. de trans. L.* 46. *de her. inst.* Vult. *ad* §. 4. *I. h. t. n.* 4. Gœd. *ad L.* 6. §. 1. *de V. S. n.* 20. Hortens. *ad L.* 2. §. 1. *de eo quod cer. lo.* Ant. Fab. 63. *Err. Prag.* 9 Enimvero omnes tamen prætoriæ sunt utiles ad jus civile relatæ. Nam et quæ verbis edicti propositæ, ex sententia et ratione juris civilis ducuntur ad casus similes lege omissos, Baro ad *L.* 11. *de minor.* Donel. *ad d.* §. 4. *n.* 11. per ea quæ *supra Lib.* 1. *Cap.* 8. *n.* 13. Atque ita directa actio opponitur prætoriæ *d.* §. 4. *I. de act. L.* 26. §. 2. et 4. *de nox. act.* Briss. *Lib.* 4. *de V. S. v. Directa. Vult.* 2. *Jurispr.* 4. *n.* 12. Quomodo Publiciana utilis comparata cum rei vindicatione *d.* §. 4. ubi Coras. *n.* 4. Myns. *n.* 9. et Vult. *n.* 11. Et superficiaria utilis *L.* 16. §. *ult. de pign. act.* etsi ex verbis edicti *L.* 1. *princ. de superfic.* Ast si ipsum jus prætorium spectamus, directæ quoque dici possunt quæ ipsis verbis edictorum proditæ: utiles, quæ ex ratione vel interpretatione productæ. Myns. et Coras. *d. loc.* Sic Quasi Publiciana *L.* 70 *de R. V.* idest utilis, Coras. *d. n.* 4. Quasi Serviana §. 7. *I. de act.* quæ vocatur utilis et ad exemplum institui dicitur, *L.* 1. *C. de procur.* Et utilis institoria probatur ex *L.* 16. *in fin. L*, 19. *princ. d. L. pen. et ult. C. de inst. act.* Donell. *ad Rub. C. eod. n.* 16. Val. Guil. Forst. *Tract. Justin. P.* 2. *Disput.* 1. *Th.* 2. *lit. E.* Et utile interdictum *L.* 1. *C. de interd.* §. *ult. in fin. Inst. eod. L.* 2. §. 5. *de aq. pl. arc.* utilis negotiorum gestorum *L.* 47. *de neg. gest. L.* 17. *C. eod.* Denique directa actio alia ex verbis et mente ita datur, ut utilem genere quodam in se contineat, sed quæ in facto, non in jure consistit, Cort. 2. *Conject. ad Viv.* 1. veluti: rei vindicatio domino plenæ proprietatis contra verum possessorem competens; actio ex empto emptori contra venditorem; sicuti et ususfructus pleni dominii pars censetur et obligatio naturalis civili justæ quasi inclusa. Unde docendi gratia forsan non inepte actio directa plena ad dominii, vel mixta ad obligationis similitudinem dicetur. Alia non continet: eaque vel sola, nec utili opposita, ut quæ ex obligatione mere civili, quæ exceptione opposita inefficax ut *supra Lib.* 12. *Cap.* 3; vel opposita aut cum illa concurrens, cum ad eandem rem ratione juris diversi alii directa actio, alii utilis. Sic proprietario vindicatio directa, emphy-

**ad eam speciem. Utilis ea quæ (8), cessantibus verbis legis, inducitur ex sententia reci-**

teutæ utilis. Re ex peconis militis empta a domino, vindicatio directa emptori contra omnes alios; militi utilis contra omnes *L.* 8. *C. de R. V.* Actioinbus mandatis directæ ei, qui cessit: utiles cessionario, seu procuratori in rem suam ut *supra Lib.* 15. *C.* 44. *n.* 15. Restituta hereditate fiduciario directæ, sed inanes, fideicommissario utiles et efficaces, *supra Lib.* 7. *C.* 25. *n.* 3. *N.* 2.

(8) Ita et noster ad §. 4. *I de act. n.* 11. *et de præsc. verb C.* 22. P. Greg. 21. *Synt.* 8. *n.* 17. (ex meute legis vel contrebentium per extensionem dari) Bodin. *Distrib. jur. p.* 44. Forcat. *Dial.* 63. *n.* 1. *et* 2. Coras. *ad* §. 4. *I. de act. n.* 14. *et ad L. his verbis* 19. *D. de adopt. n.* 4. Vult. 2. *Jurispr.* 4. *n.* 13. *et ad* §. 1. *I. de act. n.* 33. Gœd. ad *L.* 6. §. 1. *de V. S. n.* 16. *et seqq.* Parlad. 2. *Rer. Quotid. Cap. fin. P.* 5. §. 1. *n.* 10. Dicta non ab utendo, quod exercitium ejus et usus habeatur, ut Curt. 2. *Conject. ad Viv.* 1. sed quia gratia utilitatis datur *L.* 5. §. *pen. de const. pec.* benigna juris interpretatione *L.* 3. *C. de don. quæ sub mo.* ob æquitatis rationem *L. pen. Cod. ad exhib. L.* 20. *princ. de tut. et rat. distr. L.* 1. *de eo quod cer. lo. l.* 2. §. 5. *de aq. pl. arc.* Cujac. 2. *ad Afric. ad L.* 46. *de her. inst.* Vult. *ad* §. 1. *I. de act. n.* 33. quæ ita per ratiocinationem ex lege edictove colligitur Vult. 2. *Jurispr.* 4. *n.* 15. quod ita bonum et utile in publicum visum adversus juris stricti regulas, cum et quandoque alii quam quo cum contractum est, detur, Curt. 2 *Conject. ad Viv.* 1. Et ita contra subtilitatem verborum, propter manifestam legis voluntatem æquitate suadente Curas. *ad d.* §. 4. *n.* 4 cum lex de eo casu nominatim non loquitur, eed de eo idem sensisse legislatorem verisimile est, Coras. ad *d. L.* 19. *n.* 4. Nam utilitatis caussa idem est quod ex æquitate, rigore juris non servato *L.* 44. §. 1. *de acquir. poss. l.* 44. §. *pen. de Usucap* Atque hic non tam jus ad factum, ut in directa, quam factum ad jus inflectitur, unde dicitur accomodari *L.* 1. *C. de inoff. don. L.* 55. *in fin. de don. int. vir. L.* 24. *de pign. act.* Vult. *ad d.* §. 1. *n.* 33. *et d. Cap.* 4. *n.* 17. *et seq.* nec sine caussæ cognitione olim datam ceoset Vult. *d. n.* 18. indeque *decernendi* verbum in his actionibus usurpari *L.* 22. *de const. pec. et simil.* Etsi vero sint, qui actionem directam quoque ex sola sententia legis; utilem autem non ex mente legis, sed porrectione, extensione, interpretatione, ac suppletione dari censet Duar. *de O. et A. C.* 7. Mudæ *ad* §. 3. *I. de act. n.* 4. Coras. sibi contrarius ad *L. et qui* 16. *D. de servit. n.* 17. Loriot. *Tr. de Actionib. Axiom.* 6. P. Grangian. *Parador. Cap.* 32. Vel. Guil. Forst. et ab eo citati *P.* 2. *Disput.* 2. *Th.* 2. *lit. F.* non constituto jure, ut directæ; sed ad exemplum et in consequentiam earum, ubi subtili jure actio omnis deficit, Vaud. 1. *Q.* 42. qui hoc amplius etiam utiles ex verbis edictorum et senatusconsultorum dari vult, probante Forst. *d. loc.* Deuique Ant. Fab. ad *L.* 47. *de neg. gest.* utiles actiones non tam per interpretationem voluntatie induci, quam ex necessitate et in subsidium alterius actionis ex æquitate. Falluntur tamen illi 1.° iguorantia elenchi. Nam illa ipsa porrectio ac extensio fit vi sententiæ, ut prob. *supra Lib.* 1. *Cap.* 14. *toto.* Et juris benigna interpretatio, quod intus est in lege excutit, ac relicto cortice verborum sententiam accipit Forcat. *Dial.* 63. *n.* 2. Nec directe Coras. ad *d. L.* 16. *n.* 17. utilem ideo non esse ex mente legis, quia de ea facti specie lex non cogitavit, sed per interpretationem prætoris, vel jurisconsultorum eo porrigi: quod verosimile sit legislatorem,, si de eo cogitasset, idem dispositurum Certe nimis in angustum cogitur LL. sententia, si ad species præcogitatas restringitur. Nam imo sententia earum ad casus similes, eosque de quibus si cogitatum, idem dispositum foret, pertinet *L.* 12. *de LL.* Quæ eandem liquidissime convincit porrectionem et extensionem ad casus similes non *ex sententia* modo legis, sed et *manifesta* fieri posse. Et benignior interpretatio (caussa utilia actionis *L.* 2. *C. de don. quæ sub mo* ) non est præter mentem legis, nedum contra, ut Bartolus referente Forcat. *d. loc.* sed ex ejusdem voluntate *L.* 18. *de LL.* Fac. *tit. I. de leg. patron. tut.* In verbo *per interpretationem* juncto verbo *voluisse legem.* Quod et exemplis illustrat Gœd. ad *d. L.* 6. §. 1, *n.* 17. *et* 4. *seqq.* Etsi L. 12. tab. de quadrupede loquitur, quis ambiget quin voluntas ejus ad pauperiem a bipede factam pertineat, ubi utilis actio, *L. pen. Si quadr. paup.* Verba legis Aquiliæ damnum a corpore in corpus exigunt. Mens non deficit, si alia ratione corpori nocitum §. *ult. Inst. de L. Aq. l.* 27. §. 8. *D. eod.* Edicti de arboribus cædendis verba cessant, ubi arbor radices noxias in ædes meas immisit: voluntas quia non cessat, utile interdictum *L.* 1. *C. de interd.* Deinde iisdem rationibus infirmis nituntur. Sic arguunt: 1.° Verba legis non recte separantur a sententie *L.* 6. §. 1. *de R. V.* resp. Sane nequidquam. Forcat. *Dial.* 63. *n.* 4. verba *d.* §. 1. (*tam* ex legum sententis *quam* ex verbis) conjunctim accipit, veluti si dicam: Titius insignis *tam* viribus *quam* doctrina. Nihil enim verius vere lege contineri, quod verbis non expressum ex mente ac ratione eruitur, Gœd. *ibid. n.* 11. *et seqq.* Confer. Menoch. *Adip. possess. Remed.* 4. *n.* 216. *et n.* 232. etc Turamin. ad *L.* 10. *de Jure fisci P.* 1. *Cap.* 4. *n.* 67. *et seqq.* At quid inde aliud efficitur nisi actionem utilem, quæ ex mente legis, senatusconsulti, constitutionisve, esse civilem vel quod idem est, legitimam: quæ ex mente edicti, esse prætoriam? 2.° Obicjitur. Utiles actiones exemplo, ad exemplum, vel instar directarum inductæ *L.* 1. *C. de prerar. L.* 16. *in fin. L.* 19. *princ. de Instit. act. L.* 51. *de furt. et simil.* exemplo nec ex intellectu legis ortæ argum. *tit. I. de leg. patr. tut.* Res,. Hic medii tenentur et in laqueum

pitur que propter eandem utilitatem: quorum utrumque declaratur accommodatis exemplis ex lege Aquilia, in §. *ult. Instit. de leg. Aqui.* Divisionis usus hic, ut doceat, cum de actione quæritur an jure introducta sit, necne, non eam solum justam et legitimam haberi debere, quæ ex superioribus partibus juris directa est, sed etiam eam quæ est utilis. Quippe utilem dici, quæ sit ex sententia legis. Non minus porro ex lege est quod est ex sententia, quam quod ex verbis. Idque est quod scribitur in *L. nominis*, §. 1. *D. de verb. signific.* verbum ex legibus sic accipiendum esse, tam ex legum sententia, quam ex verbis: et recte, cum lex sit non quod scripsit sed quod voluit. *L. non dubium, C. de legib.* Inde dictum utramque actionem directam et utilem (9) ejusdem

se ipsi dant. Nam si tutela parentum exemplo patronorum recepta ut *d. tit.* quin imo quasi exemplum exempli *ut per tit. præced.* legitima tamen dicitur, æque legitima actio quæ exemplo directæ, verbis legis proditæ. Proinde quia non ex verbis, necesse est sit ex sententia, per *d. L.* 6. §. 1. Denique gravitar errant, tum qui directas actiones aliquando ex sola mente competere volunt. Exemplum esse in Interdicto Uti possidetis quod, etsi ejus verba de ædibus *L.* 1. *princ. Uti possid.* tamen de fundo directo datur *L.* 1. *C. eod.* Resp. Ædes *d. L.* 1. *princ.* exempli gratia positæ non restrictionis caussa, sed ut omnes res soli contineantur *d. L.* 1. §. 1. ubi nota verbum *scriptum* est et §. 6. 7. 8. Forcat. *Dial.* 63. *n.* 3. Gœd. ad *d. L.* 6. §. 1. *n.* 21. Nisi quis dicat interdictum de tabulis exhibendis, item de liberis exhibendis ex verbis Prætoris, quibus L. Titii mentio, ad singularem hominum pertinere. Aliud exemplum statuit Vaud. *d. Q.* 42. *n.* 2. in actione L. Aquiliæ ad æstimationem hereditatis, quæ directa *L.* 23. *princ.* et §. 1. *ad L. Aq.* cum tamen non sit ex verbis §. 10. *I. de L. Aq.* Resp. Distinguo inter caussam actionis quæ in *d. L.* 23. est occisio servi, et ita ipsa actio ex verbis L. Aquiliæ, quia corpore et in corpus nocitum; et effectum ac præstationem istius æstimationis, quæ ex accidenti accedit. Pari certe modo argutari quis posset, nullam ferme actionem directam dari ex verbis, quia in quamquoque fere veniunt præstationes fructuum, caussæ, interusurii, verbis ut plurimum ejus ipsius legis quæ eam ipsam actionem proposuit, non definitæ. Tum qui utilem ex ipsis verbis. Quod paradoxon firmare audet Vaud. *d. loc.* exemplis sequentibus 1.º Ex adiecto Publicianæ et Superficiariæ actionum. Ad quod responsio expedita, ex dictis *N. præced.* vers. *Enimvero etc.* 2.º Ac utilium quæ in fideicommissarium transeunt ex verbis Senatusconsulti Trebell. *L.* 18. *in fin. ad L. Falc. L. pen. in fin. C. ad SC. Treb.* junct. *L.* 1. §. 2. *D. eod.* Resp. Committitur fallacia elenchi vel plurium quæstionum. Aliud est transire ex verbis Senatusconsulti, aliud ex iisdem dari. Neque enim is cui restituta est hereditas agit directo vel utiliter ex Senatusconsulto, sed ea ipsa actionis specie, quæ defuncto competiit, ex eo ipso negocio vel caussa. Quin et pluribus aliis casibus actiones lege transferuntur, ut *supra Lib.* 15. *Cap.* 44. *n.* 27. *et seqq.* nec dantur tamen lege, nec directæ sunt, sed utiles. Cæterum variis modis utiles actiones dici refert Forcat. *Dial.* 63. adeoque sex diversas acceptiones *ibid. et Dial. seq.* percenset, quæ tamen non omnes a se invicem discrepare videntur. Sicuti nec placet quod Govean. 1. *Var. Lect.* 40. discernit eas quas utilitas legum exigit *L.* 11. *de præscr. verb.* ab iis quas utilitas hominum, *L.* 1. *de eo quod cer. loc.* Plane uti utilis actio non nisi deficiente directa atque in ejus subsidium datur *L.* 4. §. 7. *Fin. reg. L.* 26. §. 3. *de pact. dotal.* et similibus confertim citatis a Vult. *ad* §. 1. *I. de act. n.* 33. add. Vaud. 1. *Q.* 42. *n.* 5. ita ubi mens pariter ac verba legis cessant, in subsidium utilis actionis datur actio in factum prætoria. Veluti in damno dato, cum nec corpore, nec in corpus nocitum est, ut prob. §. *ult. I. de L. Aq.* ubi prætor occasione legis supplet id quod menti deest, Gœd. ad *L.* 6. §. 1. *de V. S. n.* 19. Govean. 1. *Var. Lect.* 40. *n.* 2. Vaud. 1. *Q.* 42. *n.* 10. Coras. ad *L.* 19. *de adopt. n.* 5. Parlad. 2. *Rer. Quotid. Cap. fin. P.* 5. §. 1. *n.* 10. Vult. ad *d.* §. 1. *n.* 34. Quam tamen ipsam quoque utilem recte dici ac ex sententia L. non ita manifeste oriri videtur sentire Gœd. *d. n.* 19. *et seq.* vid. Don. *de Præscr. verb.* 21. et 2. *seqq.* Postremo nota utilem quandoque dici pro efficaci quæ exceptione non submovetur, ut *L.* 41. *de fideic. et sim.* Donell. ad *L.* 10. *C. de pact. n.* 4.

(9) Ita Vult. in §. 1. *I. de act. n.* 33. in effectum idem consequi utili agentem. Et quod *d. L.* 47. habetur id in universum de directis et utilibus actionibus tenendum esse. Et ad *pr. I. eod. n.* 39. argui *ibid.* a modo jus dicendi ad modum actionis instituendæ. Atque ex eo quod nunc jus dicitur secundum petitionem actoris, inferri quod actio quocunque modo intentari queat, eodem effectu sive solemniter ex verbis, sive non solemniter ex mente legis instituta. Ubi et Tribonianum in *d. L.* 47. manus admovisse Paulo censet, ut et A. Gnib. *QQ. jur. Cap.* 10. *n.* 6 Petr. Greg. 21. *Synt.* 8. *n.* 17. ad effectum non referre sublata formularum conceptione. Amplius Cujac. *ad pr. I. de act.* ex quo formulæ sublatæ, nullas esse amplius actiones directas; omnes utiles, mutatasque in persequutiones extraordinarias. Et A. Fab. 4. *Conject.* 7. olim multum retulisse directa an utilis actio competierit in ordinariis judiciis, indeque toties quæri in Dig. utra competat. In extraordinariis quæ paucissimæ, in quibus magistratus ipse cognoscebat, nullaque formularum observatio, non retulisse. Formulis autem sublatis, judicia omnia extraordinaria esse §. *ult. I. de interd.*

potestatis esse, eumdemque habere effectum *d. L. actio*, 47. *de neg. gest.*

IV. Cum constabit aliquam actionem jure constitutam esse, quod fit superioribus partibus juris, idque sive verbis legis actio constituta erit, sive sententia, quod superiores divisiones indicant: quæretur secundo loco quæ sit ea actio, et quo nomine appelletur. Quo in genere cum ingens nominum varietas sit, hanc in summa distinctionem possumus observare, ut quædam generum summorum nomina sint, quædam specierum his generibus subjectarum.

V. Generalia actionum nomina sunt qua-

id est eodem modo quo quæ olim extraordinaria, tractanda: Hoc movisse Tribonianum ut suo tempori servire volens locum Pauli *d. L.* 47. corruperit. Adjecisse enim eum sententiæ Jurisconsulti: *nihil referre directa etc. quia utraque actio etc.* aliam rationem de suo, *quia in extraord. etc.* itaque sententiam L. fœdasse incautum, qui non animadverterit rationem hanc a dispositione alienam, quia negotiorum gestorum judicium ordinarium *L.* 3. *pr. de neg. gest.* et secum pugnantem, quia in extraordinariis nec directa datur actio, nec utilis, ideoque persecutiones dicuntur. Neque id agere ibi JC. an in conceptionem formulæ non differant, sed monere cum quæritur an negotiorum gestorum agi possit, non distingui directane agatur an utili, sed id tantum spectari an intersit agentis, quia tam utilis quam directa ad id quod interest. Ibidem paulo post etiam verba extrema Tribonianus adscribit, quibus tamen paulo ante rationem Jurisconsulti contineri agnoverat, et Tribonianum, ut connecteret cum sua ratione, addidisse voculam *maxime*. Sed recte Forcat. *Dial.* 65. Vaud. 1. *Q.* 42. *n.* 8. Gœd. ad *L.* 34. *de V. S. n.* 10. *et seq.* hodieque has actiones invicem differre. Sublatis enim formulis, natura singularum actionum mansit. Unde Gœd. *d. n.* 11. caussam, et media concludendi alia esse, cum utilis sola facti narratione contenta sit, directa etiam caussæ expressionem et nominatam petitionem exigat per *L.* 5. *in fin. C. de dolo* junct. *L.* 10. §. *pen. de in jus voc. L. ult. C. Qui et adv. quos in int. rest.* de quo tamen ambigo. Plane directa sæpe inanis, cum utilis efficax. Et quibus casibus ejusdem rei nomine alii directa, alii utilis: illis nunquam hæ actiones nec hodie ejusdem effectus, ut patet ex *not. supra N.* 7. *sub fin.* add. Curt. 2. *Conject. ad Viv.* 1. *pag.* 166. Directa actione cedentis extincta, utilis cessionarii superest *supra Lib.* 15. *Cap.* 44. *n.* 18. Forcat. *Dial.* 65. *n.* 2. Actio directa si privilegiis munita, non utique semper et utilis, ut si mulier actionem dotis cessit *L.* 1. *C. de privil. dot.* Vaud. *d. n.* 8. vid. *infra d. Cap.* 44. *n.* 25. Denique utilem actionem famosam non esse, post Bart. ad *L.* 1. *de O. et A.* vult Forcat. *d. n.* 2. quod odia et pœnæ minuendæ sint. Sed quid ad *d. L.* 47? Cujac. 15. *Obs.* 11. nec refert, ait, id est non attenditur scrupulose, nec in disquisitionem venit. Rem non expedit Forcat. *Dial.* 65. *n.* 1. Non utramque actionem *ibid.* confundi, sed hoc dici formulam utriusque non differre, utrobique satis esse si conceptum animi quoquo modo actor exprimat. At sic non satisfit sententiæ Pauli cujus tempore formularum differentia vigebat, *ibid. n.* 1. *et* 3. Resp. Forcat. vocula *maxime* innui quod aliquando eadem potestas utriusque actionis; non semper: Nempe in sola negotiorum gestorum actione, non alia, quia ista ex sola æquitate, *L.* 1. *et* 2. *de neg. gest.* perinde ac utilis actio. Gœd. in *d. L.* 34. *n.* 12. Jurisconsultum sentire quod multum alias referat, etc. sed de ea differentia frustra quæri in negotiorum gestorum actione, cum utraque sit ex æquo et bono et bonæ fidei. Concludi ergo, cum bonæ fidei actio competit, nil interesse; secus cum stricti juris. Rationem Jurisconsulti exponit: *quia in extraordinariis*, id est non solemnibus et directis, sed utilibus *ubi conceptio etc.* id est in quibus judex non adstringitur strictæ petitioni, *hæc subtilitas* an actio directa sit, an utilis *supervacua*. Non placet. 1.° Quia et in bonæ fidei judiciis directæ actionis alia vis quam utilis et olim erat et nunc est per ante dicta v. *plane directa* 2.° Expositio secum pugnat. In utilibus judiciis non refert an actio sit utilis, an directa 3.° Conclusioni non convenit ratio. Conclusio juxta Gœd. In bonæ fidei judiciis eadem vis actionis, quæ directæ. Ratio juxta eundem. Quia in utilibus judiciis non refert an actio directa etc 4.° Confunduntur utilia judicia cum judiciis bonæ fidei. Hæc enim sunt quibus judex formulæ non præcise adstringitur. Atqui et bonæ fidei judicia directa sunt. Plane extraordinaria judicia in *d. L.* 47. non ratione judicantis aut cognoscentis magistratus, ut Ant. Fab. *supra d. loc.* accipit, dicuntur, ut *L.* 178. §. *ult. de V. S.* sed utilia, quæ passim extraordinaria, ut *L.* 17. *de reb. cred.* junct. *L.* 18. §. 1. *de judic. L.* 43. *de R. V. L.* 5. *C. Si res al. pig.* quod in iis non secundum lege proditas formulas, sed extraordinarias ex æquitate ad factum accommodatas cognoscatur, Just. Mejer. *Endox. Justin. Decade* 2. *Cap.* 3. *n.* 4. Sententia Jurisconsulti hæc: Etsi, ubi verba edicti cessant, atque ita formula ordinaria deficit, nulla videatur actio danda: si tamen justa ex caussa intersit, utilem actionem accommodari ex mente edicti. Neque obsistere formulæ rigorem: quia in utilibus judiciis *ea subtilitas* formularum, nempe observationis, supervacua est, Just. Mejer. *d. Cap.* 3. *n.* 5. Denique sensus: Tam utili actione quam directâ negotiorum gestorum actione persequi licere id quod interest, quod nempe ex caussa gestionis abest. Et verba *maxime cum utraque etc.* non tam confirmant priora, quam temperant (nec *cum* pro *quia* ponitur; sed pro *quando*, quia dicitur *cum est*, non *cum sit*) innuuntque quandoque interesse inter has actiones etiam in ipso negociorum gestorum judicio, tunc scilicet quando plus est in alterutra.

tuur, quot sunt scilicet genera summa actionum in personam; actio seu condictio; interdictum; cognitiones extraordinariæ; stipulationes prætoriæ. De actionis et conditionis verbo nulla dubitatio, quin his significetur actio in personam, *L. pecuniæ*, §. *actionis D. de verb. signific. L. actionum, D. de oblig. et act.* Interdictum et stipulationes prætoriæ nominatim subjiciuntur actionis verbo in *L. actionis. D. de obl. et act.* constatque neutrum esse actionem in rem. Cognitiones extraordinariæ nominantur et proponuntur sub *tit. D. de extraord. cogn.* Vis et significatio singulorum hæc est.

VI. Actio generis nomen est, quo interdum significatur omnis actio tam in rem quam in personam; interdum actio in personam tantum, *d. L. pecuniæ*, §. *actionis, D. de verbor. sign.* Sed tamen omnis in personam: ut hoc sensu actiones in personam sint etiam interdicta, cognitiones extraordinariæ, stipulationes prætoriæ: quomodo et ista actionis verbo contineri dicuntur in *d. L. actionis, de obli. et act.* Sed cum actio distinguitur a reliquis istis superioribus: ut fit, cum conjunctim ista tanquam res diversæ eodem loco enumerantur, ut in *L. non solum*, in prin. *D. de procur.* aut cum traduntur ista diversis titulis, cujusmodi sunt de actionibus, de interdictis, de damno infecto, de extraordinariis cognitionibus: hic actionis verbum ex illa generalitate redigitur in angustum, incipitque ex instituto loquentis accipere speciei nomen a superioribus illis distinctæ, quo jam sensu actionis verbo intelligi debet actio in personam de re aut pecunia aliqua, ordinariam cognitionem habens. De re aut pecunia dictum, ad discrimen primum interdicti quod est de possessione; tum prætoriarum stipulationum quibus non res aut pecunia petitur, sed sola stipulatio. Ordinariam cognitionem habens; ut removeantur cognitiones extraordinariæ. Hæc item dicitur condictio. Origo nominis a forma agendi, quæ indicatur in (10) §. *appellamus*

(10) Ubi Donellus noster *ita n. 5. et seqq.* Condictio non modo priscis, sed et posterioribus Latinis mutua denunciatio certi temporis et loci, Fest. *Lib.* 3. Condictio est ait, in diem certum rei quæ agitur denunciatio, et condicere est *simul* dicere, *ibid.* Sic condicitur cœna; cum et quis invitat ut alius certo die adsit, et ille promittit se adfuturum. Ita hic in jus vocatus si satisdaret, ire non cogebatur, sed differebatur itio in certum diem, ut *infra Lib.* 23. *Cap.* 9. Eum actor dicebat reo (indeque diem dicere pro litem intendere, Plaut. *Cap.* 3. *Sc.* 1. *et Asinar.* 5. *Sc.* 1.) denunciando illi ut se eo sisteret, aut liti persequendæ adesset, Theophil. *in d.* §. 15. Eumdem dicebat reus contra denunciando, se eo die adfuturum. Fac. *L.* 8. *princ. Qui sat. cog.* Hinc actio dicta non *dictio* unius, sed *condictio* duorum, ut ambo diem dicerent quo sisteretur et judicio agi inciperet. Etsi autem eadem denunciatio in actione in rem, quia tamen illi aliud nomen *vindicatio*, inde usus voculæ *condictio* ad speciem restrictus est. Nunc nulla eo nomine denunciatio fit *d.* §. 15. intellige ejusmodi, quia non amplius in potestate actoris est reo diem dicere, sed is lege constituitur, *Auth. offeratur C. de lit. cont.* Ideoque abusive sic dicitur *d.* §. 15. nec male tamen, quia et alias sæpe exoleto rei usu appellatio prisca superest, ita Donellus. Convenit et confirmat Hot. *ad d.* §. 15. Briss. 5. *Formul. p.* 368. Rosin. 9. *Antiq. Rom.* 11. Coras. 4. *Misc.* 7. *n.* 4. Itaque *condici*, pro simul vel utrinque dici, aut conveniri in *LL.* 66. *pr. de contr. em.* Liv. *Lib.* 2. *Induciæ cum Romanis condictæ sunt.* Et loca condicta pro expressis, Marcellin. *Lib.* 20. Andr. Clud. *de Condict. in Præfat. n.* 16. Nec recte Vult. *in d.* §. *n.* 2. accipi pro simplici *dicere* et subaudiri *diem.* Sicuti et vulgo male condicere cœnam pro invitare, cum sit indicenti annuere se venturum, Cic. 1. *Epist. fam.* 9 post med. *Cum mihi condixisset, cœnavit apud me,* Sveton. *in Tiber.* Hot. et Clud. *d. loc.* Myns. *in d.* §. 15. *n.* 7. et 6. *ibid.* Hot. hanc denunciationem comperendinationem dici, Ascon. 3. *Verrina,* quæ quid a vadimonio distet, exponit. Huncque morem condicendi sublatum esse *L.* 6. *C. Th. de denunc. vel. edit. lib.* 2. *tit.* 4. ex qua et liquet eumdem in actione in rem quoque frequentatum fuisse. Plane aliter Cujac. 16. *Obs.* 17. in actione in personam denunciationem litis solemnem processisse, quæ insinuatio dicatur, *L.* 2. *C. Si ex plur. tut. vel. cur.* eamque factam apud acta vel editionem rescripti, ac inde utrique parti certa tempora liti exsequendæ et contestandæ etc. ac Goth. *in d. L.* 2. Vult. *in d.* §. 15. Aliter DD. vulgo accipientes *d.* §. de interpellatione extrajudiciali ac charitativa admonitione, ut vocant, quæ olim non in realibus, ast in personalibus necessaria fuerit; quæ necessitas hodie sublata sit, honestate et urbanitate relicta, Sneidvin. *in d.* §. 15. et alii, quos refellit Coras. 4. *Misc.* 7. et Myns. *ad d.* §. 15. Idem Coras. *ad d.* §. 15. *n.* 8. inde exolevisse eam conditionem, ex quo non amplius privata auctoritate, sed judicis jussu per apparitores reus in judicio vocatur. Plane vetus Quiritum institutum fuisse scribit Hot. ad *L.* 10. *C. de pig.* ut prius debitores convenirent et apud amicos constituto loco appellarent ac, ni solverent, judicium comminarentur *d. L.* 10. et *L.* 7. *de inoff.* Cic. *in Lælio et pro P. Quintio. Doce,* inquit, *aliquando mentionem fecisse, dixisse deberi, debuisse fatebor.* etc. Et post eas interpellationes, licet res non litigiosa *L.* 1. *de litig.* tamen in controversia esse dicebatur *L.* 25. §. 7. *de pet. her.* Nec

*Inst. de act.* de quo illic scripsi pluribus.

VII. Interdictum est actio in personam (11) de possessione, aut quasi possessione et usu rei constituta, *Inst. de interd.* in pr. De possessione autem vel nunc primum adipiscenda, vel ea quam amisimus recuperanda, vel ea quam habemus retinenda; ex quo illa divisio interdictorum, ut quædam sint adipiscendæ possessionis, quædam recuperandæ, quædam retinendæ, §. *sequens*, *eod. tit.* Nos de toto genere interdictorum scripsimus supra ex professo inter obligationes quæ ex maleficio nascuntur. Nam interdicta, ut intelligatur actiones esse in personam, nascuntur ex obligatione; obligatio ex maleficio ejus qui nos ea possessione quam nostram et integram esse oportuit, per vim aut injuriam uti non sinit, ut illic ostendimus. Nomen item ex vetere forma agendi. Dictum est enim interdictum ex eo, quod prætor a quo interdicti formula impetrabatur, dum inter litigatores exspectatur directum judicium de proprietate aut pleno jure rei, interim inter eos dicebat, idest edicebat quod ad possessorem rei pertineret: ut sit interdictum quasi (12) inter duos et interim dictum, ut Justinianus scribit *eod. tit.* Edicebat autem vetans aut jubens. Vetans vim fieri recte possidenti: non possidenti autem jubens rem exhiberi vel restitui ad possessionem obtinendam. Unde rursum illa divisio a forma jubendi, ut quædam sint prohibitoria, quædam exhibitoria, quædam restitutoria: divisio tradita in §. 1. *Inst. de interd.* Hodie nomen duntaxat vetus manet, res, idest (13) interdicendi forma sublata est: ac pro inter-

probandus Vult. *ad d.* §. 15. *n.* 4. volens *d. L.* 10. *C de pig.* incuria collectorum, cum abrogata sit *d. L.* 6. *C. Th. etc.* relictam. Aliter Cujac. 5. *Obs.* 31. Denique specialius Condictiones dictæ, quæ aliud nomen non habent, quæque ad repetendum datæ, ut condictiones caussa data, indebiti, triticiaria etc. Duar. *de Cond. ca. dat. Cap.* 1. Vult. *in d.* §. 15. *n.* 5.

(11) Illa vulgo possessoria judicia vocantur quæ petitoriis viam præstituunt, et eorum quasi sunt præparatoria, Cujac. 5. *Obs.* 19. vid. Obrecht. *de Concip. libell. Cap.* 8. *n.* 6. *et seqq.* Etsi vero et aliæ actiones personales de possessione esse possunt, ut condictio possessionis *L.* 2. *de cond. tritic. et simil.* Cujac. 5 *Obs.* 17. Etsi item pluribus condictionibus possessio avocatur; non recte tamen illas remediis possessoriis accenset Menochius. Neque enim possessoria illa quæ possessionem avocant, nec inde dicuntur quod avocent, quippe ita quoque rei vindicatio esset possessorium ac pleraque juris remedia; sed quæ ex interdictis oriuntur, quæ ad proprietatis judicium præordinantur, vel natura ipsa id expectant, et quibus solum de possessessione contendi potest. Per condictiones autem ex earum natura, etiam dominium amissum recuperamus, et ex accidenti dantur ad possessionem, ita Fr. Sarmient. *de Reditib. Ecclesiast. P.* 1. *Cap.* 4. *n.* 12. Et quia petitorium et possessorium correlativa, quorum unum sine altero esse nequit, ideo cum in condictionibus non detur petitorium, nec possessorium quoque *L. ult. Quor. bon.* Coras. ad *L.* 12. §. 1. *de acquir. poss. P.* 1. *n.* 12. Cumque dominium a possessione cœperit, ubi non datur effectus possessionis, dominium: ibi nec ipsa possessio, ceu caussa dari vel existere potest, ut arguit Gœd. *Cons. Marp.* 32. *n.* 8. *et* 9. *Vol.* 3.

(12) Vere siquidem Interdicta ex vi et proprietate vocis, ut et veteri formula, non sunt actiones, sed ipsæ præceptiones ac jussa et monita Prætorum, Donellus noster *ad Rub. C. de interd. n.* 4. Rævar. ad *L.* 15. *de R. I.* Gœd ad *L.* 5. *pr. V. S. n.* 28. Quæ tamen ab edictis diversa, quod hæc quasi leges prætoris jus generale et ad omnes pertinens continentes. Interdicta vero jussiones prætoris illis edictis accommodatæ, jus privatum, litigatores solos inter quos de possessione contentio, concernentes. Hinc. Paul. 4. *Sent.* 7. §. *ult.* edicto caveri ut interdicto reddito agi possit. Confer. Cujac. 5. *Obs.* 17. Coras. ad *L.* 12. §. 1. *de acquir. poss. p.* 2. *n.* 18 *et seq.* Duar. 1. *Disp.* 19. *et ad L.* 1. *de op. no. nunc.* Don. *ad Rub. C. de interd. n.* 8. Rob. 3. *Sent.* 19. Sane ab interdicendo, id est, prohibendo recte sic vocari non insitendum, cum omnia prohibitoria sint, vel expresse, quæ ita in specie vocantur; vel tacite, ut restitutoria et exhibitoria, Jo. Tavard. *ad Rub. C. de interd. n.* 3. Actiones vero vocantur, earumque verbo continentur *L.* 37. *de O. et A.*, *L.* 3. §. 1. *et ult. de tab. exhib. L.* 11. §. 10. *Quod vi aut clam. L.* 3. *de mort. infer. et simil.* Cic. *pro Cæcinna:* si vim et potestatem spectamus petitionem ac persecutionem privatam litigatoris; Don. *ad d. Rub. n.* 4. vel per metonymiam, perinde ut stipulationes prætoriæ, Hinc Paul. 4. *Sent.* 7. §. *ult.* interdicto reddito agi et 5. *Sent.* 6. §. 10. interdicti actionem reddi. Ac Cic. *d. loc.*: habere me actionem, ut per interdictum jus meum teneam: add. Cujac. 5. *Obs.* 17. Usill. *in* §. 1. *I. de act. n.* 54. Et hoc sensu interdicto agere, interdictum competere legimus. Quomodo et interdicere dicitur possessionem persequens Agen. Urbic. *Lib.* 2. citatus a Cujac. *d. loc.* Distinguuntur autem ab actionibus *L.* 39. *de procur. L.* 1. §. 4. *de dolo et simil.* specialiori actionum acceptione, quia non in interdictis Judex addicebatur, sed Prætor ipse interdicebat. Et ab aliis actionis solemnitate, exsecutione et formulæ conceptione differebant, fine et effectu convenientes, vid. Cujac. 5. *Obs.* 17. Ræv. ad *L.* 15. *de R. I.* Donell. *ad d. Rub. n.* 4. *et* 7. Vult. *ad princ. I. de interd. n.* 42.

(13) Itaque hodie possessio non veteri more aut per formulam disceptatur, nec prius interdictum postulandum, et deinde ex eo red-

dictis, actionibus in factum utimur, *L. penult. L. ul. C. de interd.* Ut sic jam vere dicere liceat id quod ante posui, interdicta nihil aliud esse quam actiones in personam de possessione et usu cujusque rei.

VIII. Extraordinariæ cognitiones sunt actiones in personam receptæ de salariis et honorariis advocatorum, medicorum, obstreticum, professorum liberalium artium, quæ traduntur in *L. 1. D. de extr. cogn.* Actiones ex obligatione: obligatio ex contractu tacito finitimo locationi et conductioni. Nam superiores personæ operas præbere solent, ut postea accipiant mercedem operæ: quæ tamen propter dignitatem operæ non dicitur merces, sed honoriarum. Ideo totum hoc genus quodammodo species est locationis, cui et illa adjungenda est. Dicuntur cognitiones itidem a forma agendi, ut superiores. Hic enim solius prætoris erat cognitio: quod cum fiebat, tum per excellentiam dicebatur cognitio et notio prætoris, *L. 3. §. 1. D. de lib. exhib.* Extraordinariæ his de caussis. Primum quod hic solus prætor cognoscebat: quod erat præter ordinem consuetum judiciorum, quo ex ordine solebant prætores non cognoscere ipsi, sed judices dare. Deinde quod hæ actiones nullo certo jure constitutæ sunt, sed usu paulatim inductæ, et quidem præter communem legem locationis: in quo genere nulla contrahitur jure communi obligatio, nisi certa mercede initio constituta: quæ merces ut plurimum nulla constitui solet a superioribus personis ante quam ad operas præbendas accedant: ut proinde necesse sit, si quam mercedem hic exigant, extraordinario quodam jure hanc illis decerni.

IX. Prætoriæ stipulationes proprie et vere nihil minus sunt quam actiones. Actio enim est quæ rem debitam persequitur: nunquam autem res petita est aut esse potest actio. Atqui in prætoriis stipulationibus in quibus actionem ponimus, res quæ petuntur sunt ipsæ stipulationes. Non igitur hæ possunt esse actio. Sed μετωνυμικῶς prætoriæ stipulationes dicuntur actiones, dum stipulationum verbo intelligimus actiones ipsas de prætoriis stipulationibus, idest actiones quibus petimus stipulationes prætorias interponi: seu quibus cum aliquo agimus, ut stipulantibus nobis id promittat quod stipulationibus a prætore in eam rem introductis continetur: ut hic contentum stipulationum positum sit pro actione quæ has stipulationes continet. Hæ actiones in personam sunt: actio ex obligatione: obligatio quæ ad præstandam ejusmodi aliquam cautionem quem obstringit, nascitur cuique ex re sua: de quo genere diximus supra sub Titulo: Qui ex alieno facto, vel alterius persona teneatur.

X. Hujus generis stipulationes, quas quidem agendo ab invitis petere liceat, tres sunt; damni infecti: legatorum servandorum caussa; rem pupilli vel adulti salvam fore: ex quibus priores duæ commemorantur, ponunturque nominatim in numero actionum in *L. actionis. D. de oblig. et act.* tertia indicatur *titul. C. de tut. vel curat. qui sat. non dedit.* Nascitur, ut dixi, harum stipulationum præstandarum necessitas, idest obligatio ex re cuique sua; sed rerum in eo hæc distinctio est. Nascitur enim aut ab ædibus ejus cum quo agitur; aut ab hereditate illi quæsita; aut a munere publico tutelæ vel curæ ei injuncto, ut docuimus inter obligationes sub Titulo: *Qui ex alieno facto, vel alterius persona teneatur.* Ab ædibus damni infecti stipulatio. Nam si cujus ædes vitiosæ sint quæ videantur minari ruinam, licet vicino qui damnum metuit, cum domino seu possessore ædium agere ut caveat damni infecti, intellige nomine; idest ut stipulanti acturi, si quid damni postea ex casu ædium factum erit, se id recte præstaturum: de qua specie dixi supra proprio Titulo: *de damno infecto:* summa juris de tota ea postulatione et ejus petitionis, comprehensa est edicto quod extat in *L. prætor, 7. D. de dam. infect.* Ab hereditate quæsita fit ut obstringatur heres legatariis, non iis tantum quibus pure quid relictum est debeturque in præsentia; sed etiam quibus legatum est in diem aut sub conditione, sed his dissimiliter. Nam primis obligatur, ut quod his pure legatum est, id ipsum his jam nunc præstet, et in præsentia. Cæteris duobus non item, quippe quibus nondum legatum debet. Sed hactenus his tenetur, ut iis desiderantibus, satisdet legatorum servandorum caussa, idest stipulantibus promittat se quod his relictum est, recte so-

dito agendum, ut olim, Cujac. 5. *Obs.* 17. Don. ad *L. pen. C. de interd. n.* 15. Gœd. ad *l. 5. pr. de V. S. n.* 28. unde probabile est in tit. *D. de interd.* verba illa *sive extraordinariis actionibus etc.* non ex edicto perpetuo accepta, sed a Triboniano addita esse, ut Cujac. *d. Cap.* 17. et Gœd *d. loc. n.* 29. Plura huc facientia pete ex Cujac. 5. *Obs.* 17. *et* 19. Don. *ad Rub. et l.L. C. de interd.* Vel. Guil. Forst. *Tract. Justin. P.* 2. *Disput.* 4. *Th.* 1. *etc.*

luturum, cum dies venerit aut conditio exstiterit: et simul det in eam rem fidejussores, idest eos qui idem adpromittant, *L.* 1. *et toto tit. D. ut leg. seu fid. nom cau.* In his duobus generibus stipulationum, si non cavet is a quo cautio exigitur, superiore capite monuimus omnibus communem hunc esse exitum actionis, ut mittator actor in rerum possessionem custodiæ caussa: is quidem qui damni infecti postulat, in possessionem ædium de quibus agitur; legatarii autem in possessionem rerum hereditariarum, *d. L.* 7. *D. de dam. infec. tit. ut in poss. leg. cau. esse lice.* Munus tutelæ vel curæ injunctum tutorem et curatorem obligat, ut caveant fidejussoribus datis, uno verbo, satisdent rem pupilli vel adulti salvam fore, dum ne sit testamentarius tutor aut datus ex inquisitione: de quo genere, deque ejus actionis exitu et attigimus superiore capite, et exstat Titulus rem explicans in Codice, *De tut. vel cur. qui sat. non dedit.* Sunt quidem prætoriarum stipulationum species multo plures quam superiores, de quibus scripsimus ad *L.* 5. *D. de verb. obl.* Sed non eæ quæ ultro per magistratum tanquam debitæ et genere quodam actionis peti possint. Nos de iis agimus quæ instar actionis habent, ut est in *L. actionis, D. de obl. et act.* quo in genere non aliæ quam superiores tres nunc quidem mihi excurrunt.

XI. Atque hæc in actionibus in personam generum nomina sunt. His generibus innumeræ species subjectæ, quarum et ipsarum sua nomina sunt prope innumera: sed quæ generibus et prope dicam numero, certa fient, si ad rationem originis suæ revocentur. Sic autem originis hujus ratio est, ut quædam nomina ducantur a caussis actionis propriis, puta a caussa efficiente, qua posita actio statim nascitur, a re quæ petitur, a forma agendi, a fine et effectu actionis: quibus rebus nulla recta actionis institutio carere potest. Quædam a caussis remotioribus: puta, a nomine legis, seu ejus partis juris quæ actionem introducit; a nomine auctoris actionem constituentis; a persona contrahentium; a primis verbis edicti aut interdicti, quibus actio proposita est. Ita caussæ a quibus propriæ sunt actionum appellationes, fiunt numero octo: quarum caussarum a singulis quæ ista nomina sint, breviter indicabo eodem isto ordine.

XII. A caussa efficiente actionis optima pars nominum actionum in personam ducitur: quo ex genere sunt hæc. Ex stipulatione incerta, actio ex stipulatu, *Inst. de verb. oblig.* in prin. Ex contractibus qui re fiunt: commodati, depositi pigneratitia, condictio ob caussam datorum, condictio ob turpem caussam, condictio indebiti. Ex contractibus qui solo consensu perficiuntur: mandati, pro socio, empti, venditi, seu ex empto, ex vendito, locati conducti, seu locati ex conducto. Ex contractibus alienis, puta filiorumfamilias, quorum nomine tenetur pater: actio de peculio, de in rem verso, quod jussu. Neque enim his verbis significatur has actiones esse quibus petatur peculium, aut in rem versum, aut jussus: sed eas quibus adversus patrem locum facit, quod peculium filii possidet, aut quod gestum in rem ejus versum est, aut quod is jussit filium contrahere vel cum filio contrahi. Ex quasi contractu: actio negotiorum gestorum, tutelæ, ex testamento. Ex maleficiis hæc: furti, arborum furtim cæsarum, vi bonorum raptorum, damni injuria dati, injuriarum, de dolo. De quibus omnibus sui sunt et distincti Tituli in hæc ipsa nomina concepti, si actionem ex stipulatu, et ex testamento exceperis: nomina ejusmodi, quæ apparent ducta esse ex caussa cujusqoe obligationis, proinde et actionis.

XIII. A re quæ petitur, hæc nomina sunt specialium actionum: condictio certi, proposita ex omni caussa et obligatione ex qua certum petitur, de qua in *L. certi, D. si cert. pet.* condictio furtiva; hoc enim perinde valet, quasi diceretur condictio rei furtivæ. *L.* 4. *L. in re, D. de condict. furt.* Quamquam et sic potest accipi, ut sit condictio ex caussa furtiva: quomodo sæpe nostri loqui solent, ut *L.* 2. *L.* 3. *L.* 5. *L.* 9. *D. eod.* interdictum de precario: de quo Titulus.

XIV. A forma agendi hæc, ut quædam actiones vulgares et usitatæ, proinde et certæ; quædam incertæ, et præscriptis verbis, et in factum. Vulgares et usitatæ, sunt quarum certa sunt nomina jure civili prodita, quæ et ipsa nomina vulgaria et usitata, quibus iisdem in agendo utimur: cujusmodi actiones sunt eæ quas ante indicavimus, *L.* 1. *L.* 2. *D. de præscrip. verb.* Incerta actio est eadem quæ dicitur præscriptis verbis et in factum, *L. rebus, C. de rer. per. L.* 3. *C. de inutil. stip.* Incerta dicta, quia nullum nomen habet certum quo designetur in intendenda actione, nullum jure civili proditum: quod de actione præscriptis verbis traditur in *L.* 2. *L.* 3. *D. de præscrip. verb.* Dicitur præscriptis verbis, ut subaudiendum sit in factum concepta, quasi plena oratione diceretur actio præscriptis in factum verbis concepta, composita, quæque hac demonstratione facti et rei gestæ sola pro justo nomine utitur. Id ita esse hæc declarant. Primum in

*L. cum mota.* in fin. *C. de trans.* sic describitur hæc actio ab Alexandro, ut sit *quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat.* Atqui res gesta est id quod nunc dicimus factum. Quod si verbis rem gestam demonstrare nihil aliud est quam verba et orationem componere in eam rem, ut demonstretur; et res gesta hic factum est: non potest hæc actio alia esse intelligi, quam quæ his ipsis verbis in factum præscriptis concepta est. Atque hinc scilicet hæc eadem dicitur in factum, *L. 1. L. si tibi polienda. D. de præscr. verb.* Et quo magis præscripta hic in factum verba intelligamus, interdum conjunctim et integra oratione dicitur actio præscriptis in factum verbis, *L. Titius, D. eod.* Ubi certe factum accipi non potest, adversus quod agatur (adversus personam enim actio, non adversus id factum ex quo nascitur), sed res ostendit factum dici ad quod demonstradum verborum præscriptio et oratio refertur. Dicuntur autem hic verba non simpliciter in factum scripta, sed præscripta, habita ratione petitionis quæ hanc demonstrationem sequitur. Hic enim recto ordine prius narratur factum et in id verba intentionis concipiuntur: sic deinde subjicitur actio: quo verbo utitur Papinianus in *L. 1.* in fin. *D. eod.* Si subjicitur verbis actio, necesse est verba quæ antecesserunt, præscripta, id est ante scripta fuisse intelligi. Sed de hoc genere scripsi ex professo in Libro quem inscripsi et de præscriptis verbis, et in factum actionibus, *Cap. 21.* et 22. ubi quibus ex caussis hæ actiones nascantur, et quid una ab altera differat, ostendi.

XV. A fine et effectu hæc: actio popularis, noxalis, tributoria. Popularis actio est actio ad certam pecuniæ summam constituta ex maleficio aut quasi maleficio, proposita omnibus ex populo qui agere volent: qualis ea quæ est de dejectis et effusis, quæ commemoratur in *L. 5. §. hæc autem, D. de his qui dej. vel effud.* Ac de hoc genere proprius Titulus, De popularibus actionibus. De caussis hujus actionis inter obligationes maleficiorum satis diximus, ut quodque maleficium aut quasi maleficium hanc induxit. Nomen ex fine: quia actio huc spectat ut jus suum populo tueatur. Unde et definitio *L. 1. D. eod.* ut popularis actio sit quæ jus suum populo tuetur. Noxalis actio est quæ competit adversus dominos ex maleficiis servorum. Nomen ab effectu: quia hujus actionis vis et potestas hæc est ut qui hac actione damnatus fuerat, liceat ei servum, quo nomine agitur, noxæ dedere, et hoc modo evitare litis æstimationem, *L. 1. D. de nox. act. Instit. eod.* Tributoria est qua id agitur, ut dominus inter se et reliquos creditores servi recte tribuat, id est distribuat mercem peculiarem cujus nomine agitur, *§. introdux t. Instit. quod cum eo. L. 1.* et deinceps, *D. de trib.* Ejusdem originis nomina hæc sunt: interdictum de tabulis exhibendis, de homine libero exhibendo, de liberis exhibendis ducendisve; quæ nomina sunt quidem de rebus certis, sed huc spectantia ut hæ res exhibeantur: in quo est finis actionis.

XVI. A nomine legis seu partis ejus qua actio constituitur, nomina hæc: actio legis Aquiliæ, eadem quæ ex caussa actionis damni injuria dati, *L. item Mela 11. §. legis, 54. D. ad leg. Aquil.* sic dicta, quia actio de damno dato ex hac sola lege est, nec est lex Aquilia nisi de damno dato, ut declaratur in *L. 1. D. ad. leg. Aquil.* Item condictio ex lege: hic enim legis verbum certam partem juris significat; eam scilicet quæ proprie lex dicitur in partitione juris civilis: de quo scripsi ad *L. unicam, D. de cond. ex lege,* ubi hæc actio describitur.

XVII. Ab auctore legem constituente hæc nomina actionum in personam; Pauliana, Faviana, Calvisiana, condictio Triticaria, Salvianum interdictum. Pauliana est per quam quæ in fraudem creditorum alienata sunt, ab his ipsis revocantur, *L. videamus, 2. §. in Faviana. D. de usur.* Proposita est eo edicto quod peculiari titulo explicatur *D. quæ in fraudem creditor.* Actio ex obligatione: obligatio ex dolo non solum debitoris alienantis, sed etiam alienatum accipientis: quoniam non datur nisi adversus eum qui particeps fraudis fuit in re accipienda, *L. ait, §. 1. D. eod.* Ideo et hanc speciem cum actione de dolo conjunximus. Faviana est, per quam quæ alienata sunt in fraudem patroni, revocantur: de qua et proprius Titulus est D. hac inscriptione. *Si quid in fraud. patron.* ac Favianæ nomen cum in *L. 1.* frequenter, tum in reliquo illo Titulo toto passim occurrit. Eadem dicitur Calvisiana, ut patet ex *L. 1. §. si pluribus, D. eod.* Actio est, ut apparet, cum superiore mutatis personis prope eadem. Hoc interest, quod Pauliana, ut ante diximus, non datur nisi adversus eum qui fuit fraudis particeps. Faviana datur etiam adversus eum qui fraudis conscius non fuit, *L. 1. §. dolum, D. eod.* Licet plura videre quæ de his actionibus, de earum caussis, similitudine et dissimilitudine scripsimus ad *§. item si quis in fraudem, Instit. de act.* Condictio Triticiaria a Triticio, ut arbitramur, dicta, non a tritico, ut quidam volunt, est actio in personam proposita

ex omni caussa ex qua res quævis petitur, præter pecuniam numeratam. *L. 1. D. de cond. Trit.* Salvianum interdictum est interdictum propositum adipiscendæ possessionis caussa in pignoribus. *§. interdictum quoque. Inst. de interd.* de quo et *tit. D. de Sal. interd.*

XVIII. A personis contrahentium hæc exercitoria, institoria. Est enim exercitoria quæ datur ex contractu magistri navis, adversus exercitorem, idest eum qui per magistrum navi præfectum navem exercet. Institoria quæ datur ex contractu institoris adversus dominum mercis cui institor præpositus fuerat, de quibus actionibus dilucide scriptum est in *§. eadem, Inst. quod cum eod.*: sunt et separati de his tituli in Pandectis, unus de utraque in *C. de inst. et exerc. act.*

XIX. A primis verbis edicti appellata est actio Quod metus caussa. Sic enim est inscriptio Tituli de hac actione propositi Digestis; *Quod metus caussa gestum erit.* Quam fortasse rectius dixerimus actionem de eo quod metus caussa factum est, ut hic potius nomen sit a caussa hujus actionis: sic certe nominatur in *§. quadrupli,* rursum in *§. item actio, Inst. de act.* De interdictis constat, horum maximam partem a primis verbis interdicti esse appellatam. Hinc enim illa, interdictum Quorum bonorum, Quod legatorum. Unde vi, Uti possidetis Utrubi. Quod vi aut clam. Vulgaria et usitata horum interdictorum nomina; quia scilicet ab his verbis initium erat cujusque interdicti, *L. 1. D. quor. bonor. leg.* 1. in pr. *§ ex interdicto, D. unde vi. leg.* 1. in pr. *§. est igitur, D. uti poss. L.* 1. in pr. *D. quod vi aut clam, L. item si cum, §. pro eo* in fin. *D. quod vi aut clam.*

XX. Ac quæcunque actiones sui istis nominibus appellantur, nascuntur omnes ex iis caussis iisque obligationibus quæ a nobis sunt expositæ. Ex quo apparet quod initio dixi, utcunque se habeant nomina actionum, semper easdem res manere quas in obligatione et actione inesse diximus: quæ si per se intelligantur, non minus sibi constet, nec sit præterea cur in his magnopere nomina desideremus. Ut enim bene scriptum est in *§. siquidem in nomine, Inst. de legat.*, nomina significandarum rerum gratia reperta sunt. Quæ si alio quovis modo intelligantur, nihil interest. Sed tamen quoniam adhibentur hæc ipsas ad res significandas: vel hoc nomine saltem ea cognosci oportet, ut per hæc quoties occurrerit, res quarum sunt notæ, certius cognoscantur. Cæterum illud manebit, nomina ad substantiam rei nihil pertinere; proinde dum de re constabit, adsint illa non adsint, ad rem nihil referre. Quid ergo, non est necesse in actione recte instituenda nomen actionis adjicere; et omnino ad formam rectæ institutionis nomina actionum non sunt necessaria? Sane vero, si de jure Romano vetere quæritur, non tantum hæc necessaria fuerunt ad rectam institutionem, sed etiam conceptionum formulæ, quæ certæ et solemnes fuerunt. Sed hæc subtilitas verborum postea displicuit. Ac primum constitutione Constantini formulæ juris sublatæ sunt, *L. 1. C. de formul. et impetr. act. subl.* De nominibus actionum post constitutionem Theodosii, quæ est lex altera ejusdem tituli, cœpit dubitari. Nam ut sunt veterum scripta, quæ de his in Pandectas relata sunt, nihil dubii est quin omnia in actione instituenda, si quod nomen actio habuit, ejus nominis expressionem exigant. Quando enim placet præscriptis verbis nullo nomine actionis addito agi posse? Tunc demum, cum deficiunt vulgaria et jure prodita actionum nomina; ut intelligamus, quandiu hæc se dederunt, his utendum fuisse, *L. 1. L. 2. D. de præscrip. verb.* Cur, cum res æstimata vendenda data est, volunt eo nomine æstimatoriam præscriptis verbis actionem dari, non ex vendito, aut ex locato, aut ex conducto, aut mandati; cum hæ actiones in hanc speciem possent incurrere? Quia, inquit Ulpianus, dubitatum fuit, quæ potissimum ex his esset actio, consultum fuit hanc æstimatoriam potius proponi tollendæ dubitationis caussa *L. 1. D. de æstimat.* Inepta plane dubitatio, si etiam tum cum esset certum et usitatum actionis nomen, hoc contempto licuit sola demonstratione rei gestæ utenti præscriptis verbis agere: Sed dubium fecit lex superior Theodosii, num et hæc necessitas nominis exprimendi ea lege remissa sit. Sic enim verba sunt: *nulli prorsus non impetratæ actionis exceptionem opponendam, si aptam rei et proposito negotio competentem eam esse constiterit.* Potest autem apta et conveniens rei esse actio, ut nomen vulgare actionis non exprimatur. Quomodo et vulgo interpretes eam legem acceperunt. An recte, etsi potest ambigi; usu tamen et mos nostrorum temporum in judiciis eam interpretationem admisit, repudiata subtilitate juris Romani in nominibus actionum exprimendis; omninoque ita placuit, dum quis certam et convenientem agendi caussam proponat, satis esse ad rectam institutionem actionis, neque hic anxie nomen actionis requirendum. Quod et constitutum est jure Pontificio in *C. de-*

*lecti de judic.* Et constat ratio. Jam enim diximus, dum res intelligatur, numen ad rem nihil pertinere, *d. §. si quidem, Instit. de legat.* Et præterea verum est illud, quod Justinianus scribit in *L. 2.* in fio. *C. commun. de leg.* leges scriptas esse rebus, non verbis: de hac re (14) scripsi plura ad legem, *edita*, *C. de eden.*

XXI. Cum de actione constabit justam esse et quo nomine vocetur, restat tertium ut quæratur qualis sit actio. Quam ad rem judicandam complures actionum divisiones comparatæ sont: quarum hæc est summa. Quædam enim actionum inter se ordinem indicant: quædam genus præstationis, idest præstationis qualitatem et quantitatem: nonnullæ ad probationis necessitatem referuntur: suot quæ referantur ad vim indicandam et exitnm judicii. Ad ordinem exercendarum actionnm referri debet hæc divisio, cum quædam dicantur esse directa judicia, et directæ actiones: quædam præcurrentes, et quæ ad directas istas viam muniant. Sic directæ actiones et directa judicia vocantur actlones io rem, et similes, cum actioni ad exhibendum oppoountur, *L. 3. §. ibidem. L. si quis hominem.* 17. *D. ad exhib.* Ubi cum actio ad exhibendum comparata sit superiorom præparandarum caussa, facile ex conventione istarum apparet directas dici principales, ad quas facilius exsequendas actio ad exhibendum adhibetur. Cur ergo hoc sensu actio in rem dicitur directa, directum judicium, potius quam actio ad exhibendum? An quia actio ad exhibendum est utilis, cui directam recte opponi in prima de actionibus quæstione diximus? *L. actionis, de oblig. et act.* Minime. Nam et actio ad exhibendum ex verbis legis est, non ex sententia; cujus rei habita ratione, necesse est ipsam directam dici, non utilem. Sed directa actio nunc dicitur, quæ recta dirigitur et confertur ad id quod principaliter agitur. Quod cum spectamus, tum recte dicatur actio in rem esse ad id directa actio et directum judicium, actio ad exhibendum non item. Nam et hæc et illa feruntur ad rem obtinendam de qua ad exhibendum agitur: sed actio in rem recta et statim, quippe qua recta id agitur ut res restituatur: actio autem ad exhibendum ubliqua tantum via, dum exhibitione aditum parat ad actionem in rem, per quam deinde ad rem ipsam pervenitur.

XXII. Ad qualitatem et quantitatem præstationis quatuor divisiones pertinent, quæ proponuntur extremæ *tit. Inst. de action.* quarum et supra mentionem fecimus. Prima est qua dicuntur quædam esse comparatæ rei persequendæ caussa, quædam pœnæ, quædam mixtæ, *§. sequens eod. tit.* Hæc aperte (15) ostendit cujosmodi res in actionem deducantur. Secunda indicat (16) quantitatem præstatioois in pœnis. Ea est, qua dicuntur actiones conceptæ esse aut iu simplum, aut in duplum, aut in triplum, aut in quadruplum, *§. omnes, Inst. eod.* vel quantitatem pœnarum describi manifestum est. Tertia continet potissimum quantitatem præstationis io fructibus, usuris, et reliquis accessionibus rei petitæ. Ea est qua dividuntur actiooes ita, ut eorum quædam (17) sint

(14) Ubi Donellus noster nonnihil a seipso variat. Qua de re illic notabo.

(15) Quem divisionem caussam finalem respicere, quod eo omnes actiones dirigantur, scribit Arn. ab Haersolte *Prolegom. de Act. in genere n.* 28. et Har, r. *ad §. sequens* 16. *I. de act. n.* 1. Volt. *ad §. poenales* 12. *I. de act. n.* 1. ab effectu esse ductam vult. Nam ut pœna rei persecutioni opponitur *L. 2. in fin. de tut. et rat. distr. L.* 12. *§.* 1. *Si om. cu. test. et simil.* ita actio rei persecutoria pœnali.

(16) Sumpta a determinatione materiæ quæ peti poteet. Nam ulterius nulla actio extenditur, Arn. ab Haersolte *Proleg. de Act. in genere n.* 33. vid. Vult. *ad §. omnes* 21. ipsi 19. *et seqq. I. de act.*

(17) Qua de divisione plura equidem suppeterent subnotanda, si liberet, nec ea ad accuratiorem commentationem, quam de bone et mala fide ac utriusque effectibus institui, reservarem. Qua de caussa nec quæ Donellus noster de ea trectat ad §. 28. *et seqq. I. de act.* excerpere, hic iuserere, quod in aliis feci, temporie quoque nunc parcior eorumque quæ retractande restant memor. Adeat interim avidus lector Sueidvin. Hot. Myns. Har r. Coras. Usill. Mudæ. Vult. Hortene. et alios ad *d. §.* 27. *et seqq.* Cujac. 8. *Obser.* 12. *et* 13. *QQ. Papin. ad L.* 63. *de R. V.* Ræv. *de Auct. prud. Cap.* 3. Loriot. *Tr. de Act. Axiom.* 47. *et seqq.* Duar. *de in lit. jur. n.* 13. *et seqq.* Coras. 2. *Miscel.* 8. Forcat. *Dial.* 99. Ant. Fab. 15. *Conject.* 1. *et* 9. *Err. Prag.* 1. 2. 3. Charond. 3. *verisim.* 3. *et* 4. Rob. 2. *Animad.* 1. *et seqq.* Menoch. *Arb. Q.* 3. *et seqq.* Mozz. *de Contract. in genere art.* 4. *n.* 14. *et seqq.* Arg. Matthæac. *Lib.* 1. *de Via jur. Cap.* 13. Felician. de Solis *Lib.* 1. *de Censib. Cap.* 3. Valasc. *QQ. jur. emphyt.* 6. Vult. ad *L. un. C. Ubi conven. qui cert. loc.* Turamin. *Lib. sing. de LL. P.* 3. *Cap.* 5. Bocer. ad *L.* 23. *de R. I. Cap.* 2. Gœd. *de Contr. stip. Cap.* 3. *n.* 124. *et seqq et Cap.* 8. Sarmient. 3. *Select. Interpr.* 3. Fopp. ab Æzema 1. *Dissert.* 22. Ac in specie de arbitriis actionibus, præter citatos plerosque, Coras. 4. *Misc.* 12. *et ad L. in actionib.* 5. *de in lit. jur. n.* 11. *et seq.* Aut. Fab. 15.

bonæ fidei, quædam stricti juris, quædam arbitrariæ, §. *actionum autem*, et §. *præterea. Inst. eod.* Non dubium est quin, cum in his generibus aliter atque aliter æstimentur fructus et usuræ, interdum et res principalis petita; ideo huc referatur divisio, ut et ipsa præstatio in his æstimetur. Quarta et postrema divisio indicat quantitatem præstationis ipsius rei principaliter petitæ. Ea est quæ docet quibusdam actionibus consequi nos solidum, quibusdam interdum minus. Traditur divisio in §. *sunt præterea*, et deinceps usque ad fin. *tit. Inst. eod.*

XXXIII. Ad necessitatem probationis explicandam pertinet hæc divisio, qua dicuntur quædam judicia esse simplicia, quædam duplicia. Duplicia numerantur quinque: familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum, uti possidetis, utrubi: ex quibus priora tria commemorantur in *L.* 2. §. 1. *D. com. divid.* posteriora duo reliquis adjiciuntur in *L. actionis*, in fin. *D. de obl. et act.* Cætera ergo sunt simplicia. Ac duplicia, quæ eadem appellantur mixta in *d. L. actionis*, definiuntur ea in quibus uterque litigatorum actor est et reus: ut appareat sic dicta esse duplicia, quia in his uterque duplicem personam sustinet, actoris nimirum et rei: simplicia cætera, in quibus actor et reus singuli unam personam simplicem, actor actoris, reus rei. Quorsum ergo nosse in his utrumque ex litigatoribus actorem esse et reum? ut ex eo de probationis necessitate statuamus. Nam jus necessitatem probandi imponit actori, sive qui pro actore habetur, ut in exceptionibus reo, *L. actor. C. de prob. L. verius. L. in exceptionibus. D. eod.* Unde intelligimus cum in his judiciis uterque actor sit, etiam in his ab utroque ejus quod pro se dicit, simul exigi probationem. Quod et ipsum servatur in judiciis possessoriis uti possidetis, et utrubi, in quibus uterque se possidere contendit nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero. Idque consequens est interdicti sententiæ, quod possessori propositum, etiam utrumque si simul possident pariter tuetur. Et vero duo in solidum ita possidere possunt, puta ego ex justa caussa, tu vi aut clam non a me, sed ab alio: quod cum fit, uterque ex interdicto pro possessore habetur, ut declaratur in *L.* 3. in princip. *D. uti poss.* Idem quominus servetur in tribus illis, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum, natura eorum judiciorum prohibet. In his enim etsi uterque aliquid simul suum esse dicit, nunquam tamen eadem res utrinsque esse potest, sed unius duntaxat: ut merito hic unum statui oporteat, a quo suæ rei tanquam intentionis suæ probationem exigamus. At hujus conspectum incertitudo communionis, quæ in his judiciis versatur, nobis adimit. Ut enim in hac communione utriusque intentio est rem pro parte suam esse intendentis, de quo et constat, uterque intentione actor est: certe utriusque par caussa. In qua communione rursum, si hanc spectari placet et regulas juris sequimur, ab utroque pariter tanquam ab actore probationem exigere debemus. Ex quo hujus probationis necessitas in his judiciis in perplexitatem incidit. Res ita decisa, ut quanvis in his tribus judiciis par caussa omnium videretur; magis tamen placeret rei expediendæ caussa eum videri actorem, qui ad judicium provocasset: quod si ambo ad judicium provocarent, sorte rem dirimendam. *L. in tribus.* 13. *L. sed cum*, 14. *D. de jud. L.* 2. §. 1. *D. com. divid.*

XXIV. Quod reliquum est, ad vim et exitum judicii pertinet illa (18) divisio qua ex actionibus mutuis ex eodem contractu nascentibus, quibus pariter attribuitur contractus nomen, quædam dicuntur ab utraque parte contrahentium directæ esse, quædam ab utraque parte ita distinguuntur, ut quæ uni attribuitur dicatur directa; quæ alteri, contraria, §. *ex quibusdam. Inst. de pœn. tem. lit.* Ab omnibus sociis, quæ mutua inter eos de societate actio est, ea (19) una est quæ dicitur pro socio. Et hæc ab omni parte sociorum directa esse dicitur, et talis est sola, *d.* §. *ex quibusdam*. In quibus autem

*Conject.* 2. *et seq. ac* 18. *Eur. Prag.* 4. *et* 5. Hortens. *ad Hub. de eo quod cert. loc.* Marc. Lucklama *ad L. vinum* 22. *de reb. cred. n.* 28 *et seqq.* Cels. Bargal. *Lib.* 4 *de Dolo Cap.* 1. *n.* 50. *et seqq.* Cumprimis autem consule, si habere potes, tractatum singular m Ant. Massæ Galesii *de Judiciis bonæ fidei etc.*

(18) Cui divisioni tantum locus in actionibus personalibus quæ ex contracto vel quasi, non in aliis. Vult. *ad* §. 1. *I. de act. n.* 35. etsi Cujacius negatoriam quoque actionem contrariam vocat quia Gr. ἀντιθέτικη τῆς ἀρνήσεως.

(19) Una scilicet ejusdem appellationis, non vero ex unico contractu societatis. Nam et ex emptione ac locatione actio ultro citroque directa, nulla contraria, ubi contrahentium nomina variantur, Coras. 6. *Misc.* 6 *n.* 1. quia et ibi utriusque par conditio et utrinque æqualis obligationis constitutio, Cujac. 9. *Obs.* 2. Duar. *de O. et A. Cap.* 7. Vult. *d. n.* 35

hæc distinctio est ut, cum singulis ex æquo attribuatur contractus nomen, una tamen dicatur directa, altera contraria: hæ sunt commodati, depositi, pignoratitia, mandati, negotiorum gestorum, tutelæ. Indicantur harum nonnullæ in *d.* §. *ex quibusdam.* §. 1. *Institut. de oblig. quæ quasi ex contr. nasc.* generaliter autem omnes inscriptionibus eorum titulorum qui sunt de his actionibus. Hinc enim illæ inscriptiones: commodati, vel contra: depositi, vel contra: de pignoratitia actione, vel contra: mandati, vel contra: de tutelæ actione: de contraria tutelæ actione. Sic autem hæ personis contrahentium distinguuntur, ut quorum est commodatum, depositum, pignus, mandatum, negotia, tutela, his directa competat: qui autem ista acceperunt, his competat contraria, ut ex unoquoque genere horum contractuum intelligi potest; de quibus suo loco diximus.

XXV. Quæ ergo horum verborum significatio est, quis divisionis usus? Et directa quam quidem directæ opponimus, ut hoc loco, vocatur ea qua (20) principaliter petitur id cujus dicitur esse actio: sic dicta, quod dirigatur, id est recta feratur ad id petendum obtinendumve quod est in verbo. Ut puta, actio pro socio ab utraque parte sociorum directa est; quia singuli socii pariter et recta id agunt ut sibi societatem ejusque commoda sibi adstruant, utpote pariter et ex æquo socii. Commodati actio directa est ei qui deposuit; pignoratitia actio ei qui pignus dedit, quia hi omnes superioribus actionibus recta et principaliter id petunt quod earum actionum verbo continetur: qui commodavit, commodatum: qui deposuit, depositum: qui pignori dedit, pignus. Sic mandati actio directa est ei qui mandavit; quia is mandatum suum solum urget, et ejus rationem sibi reddi postulat. Eadmque ratio est directæ negotiorum gestorum et tutelæ actionis, agentibus iis ad quos negotium pertinet. Et quoniam in his principaliter et recta agitur de iis quorum dicuntur esse actiones, inde factum est ut in his directa actio eadem et principalis dicatur, et rectum judicium, principalis actio nominatur in *leg. in commodato,* §. 1. *D. com.* rectum judicium in *L. in rebus.* §. *ultim. D com.* Contraria autem in his dicitur, quæ ejusdem quidem nominis est cum superioribus (dicitur enim actio contraria commodati non minus quam directa commodati: similiter contraria depositi, contraria pignoratitia, contraria mandati, contraria negotiorum gestorum, contraria tutelæ) sed qua principaliter nihil minus agitur quam de eo quod verbo continetur: agitur tantum per consequentiam, principaliter autem longe aliud. Exemplo sit commodati actio contraria, quo idem intelligamus in cæteris contrariis. Hæc datur ei qui commodatum accepit. Hic certe nihil minus persequitur quam commodatum, quia nihil commodavit. Quid igitur? solum quod sibi abest propter commodatum. Quod et propositum est contrariis actionibus. *L. in rebus.* §. *ult. D. com. L. ei apud,* 5. in prin. *D. depos.* Cur ergo dicitur etiam hæc actio commodati? quia sane de commodato est et ipsa, sed per consequentiam. Sic enim is qui commodatum accepit, recte hac actione persequitur quod sibi abest, si etiam absit per caussam commodati. Cui consequens est ut, si recte hac actione experiri velit de eo quod sibi abest, prius necesse habeat nocere et commodatum fuisse, et quod abest, per occasionem ejus commodati abesse. Quod quia per consequentiam tantum fit, non autem in eo principaliter de commodato agitur; ideo contraria directæ, idest principali opponitur, quo declaretur non esse hanc commodati principalem. Unde ergo contrariæ verbum? nam contraria utique principalem non significat. Quia scilicet huic rei uno verbo exprimendæ nomen satis idoneum non erat, nomen quæsitum est quod quam proxime ad hanc distinctionem exponendam accederet; et quæ directa non erat, dicta est contraria, ut significaretur ea actio quæ ex (21) adverso directæ actionis in eodem contractu esset constituta, et ad minuendam ejus condemnationem præstationemve consisteret.

(20) Cujus caussa contractus initus ex eo quod principaliter in obligationem deductum, Duar. *ad tit. D. Commod. Cap.* 3. Data iis quorum principaliter interest, contractus origine et radice inspecta, Coras. 6. *et Misc.* 4. *n.* 4.

(21) Quod ex opposito respiciat directam, contraria illi, non autem naturæ contractus; data occasione negocii gesti, præter intentionem ejus cui competit, Vult. *ad* §. 1. *I. de act. n.* 36 cujus non ex natura contractus, sed per accidens interest, Coras. *d. loc.* vel ut Duar. *ad tit. Commod. Cap.* 3. et Jo. Mercer. 1. *Opin.* 13. non quod adverrsario aut contradicturo detur, sed quia contra, id est vicissim intenditur ab eo qui directa conveniri potest, ex adverso et mutata serie ei competens cui defendendi onus magis incumbere videbatur.

XXVI. Usus vero hujus divisionis hic est ut intelligatur, cum actiones directæ sint actiones principales quibus ex aliquo contractu agitur; contrariæ autem, cum a directis et principalibus istis distinguantur, non sint principales sed veluti sequelæ et appendices directarum, idcirco nec contrarias eodem jure et exitu judicii esse habendas. Quæ dissimilitudo duabus his in rebus maxime cernitur, infamia judicii, et jurejurando in litem. Directo judicio condemnatus suo nomine ex his caussis, pro socio, tutelæ, mandati, depositi, fit infamis: contrario damnatus nunquam, ne si de iisdem quidem caussis agatur, *L.* 1. *L. furti*, §. *ult. D. de h s qui not. inf.* In directo judicio, ubi de re nobis restituenda agitur, veluti in deposito, juratur in litem adversus eum qui dolo faciat, fecceritve quominus reddat, *L.* 5. *D. de in lit. jur.* in judiciu contrario non juratur. *Non enim*, inquit Ulpianus, in *hoc judicio de fide rupta agitur, sed de indemnitate ejus* qui agit, *L.* 5. in pr. *D. depos.*

XXVII. Atque hoc loco obiter notanda est ambigua significatio hujus verbi, directæ. Quam in his divisionibus triplicem possumus observare. Nam alias directam vocari diximus quæ est ex verbis legis; alias eam quam præcedit, et ad quam refertur alia præparatoria, quanvis sit ex verbis legis utraque; interdum, ut nunc, eam quæ ex dualius mutuis uni nomini ejusdem contractus subjectis, est principalis. In qua ambiguitate explicanda ne laboremus, significatio ex adjuncto facile discernitur. Primam enim illam intelligimus, cum opponitur (22) actioni utili. Secundam, cum actioni ad exhibendum. (23) Tertiam, cum contrariæ.

(22) Plane Lorint. *Tr. de Act. Axiom.* 7. omnes contrarias actiones utiles esse, imo et a prætore inventas statuit, per *Rub. C. de contrar. jud. tut.* junct. *L.* 2. *et Rub. D. de contr. et utili act.* Etsi non contra omnes utiles sint contrariæ.

(23) Alio adhuc sensu directa, quæ in auctorem facti datur, opposita noxali, ut § 3. *I. de nox. act.* Mercer. 1. *Opin.* 13.

## CAP. III.

**Pluribus actionibus in eadem re constitutis, an omnes ideo competant: cum competent, an liceat omnibus experiri.**



I. His cum de caussa et potestate actionum in personam, tum de nominibus earum summatim cognitis, satis dictum videtur, quo intelligatur quæ sit de re quaque in personam actio, quæ recta institutio ejus actionis, cum judicio agitur: dum hoc quæritur, cui competat, adversus quem, qua de re, cujus rei obtinendæ caussa, et numnam ad hanc institutionem quidquam pertineat adjici nomen actioni. Et vero ad omnem cognitionem hujus institutionis hæc sunt satis, si cui modo una tantum sit actio in ea re cujus nomine agitur, qua actione nunc velit experiri. Quod si cui (1) plures actiones diversis

(1) Multiplex hæc et confragose materia ut vocat Hot. *Q.* 29. Nimium concisis et in speciem pugnantibus Consultorom Responsis obscura, variantibus interpretum noviorum doctrinis magis obscureta. Non minus quam veteriorum commentis agitata, usque judiciorum involuta de actionum conjunctione et cumulatione doctrina. Fusior hic aliquanto ero; non tamen omnia expendere est animus, uti nec referre quæcunque suppetunt, sed potiora et quædam ex iis minus vulgata. Monendum autem hoc initio duco. (I) Tunc solum spectari concursum actionum et de eo quæstionem oriri, cum plures actiones productæ et de eadem re et inter easdem personas, *L.* 10. *de act. em. L.* 5. *de fidei.* Quippe concurrere eas actiones haud apte dixeris, quæ vel plures una competunt eidem adversus eundem de variis rebus, sive ex negociis diversis, dissimilibus, ut in *L.* 29. *de O.* et *A.* aut similibus; ut si eidem distinctis temporibus, ædes ac prædium vendidero: sive ex eodem, ut in venditione aut promissione plurium rerum, ubi quot res tot contractus, proinde et de singulis experiri licet, per *L.* 29. *pr. de V. O. et siml.* Vel de eadem re adversus plures, ut *L.* 76. §. 1. *de furt. L.* 11. §. 2. *ad L. Aq. L.* 15. §. *ult. de injur. et eim.* Hic enim regulis hujus materiæ locus non est. Sane *de eadem re* dum dico, non vim et potestatem actionis denoto, sicuti Donellus hic accipit verba *ejusdem rei nomine*, sed rem quæ vel in obligationem conventione deducta est, vel circa quam obligatio vertitur. Veluti Sticho subrecto, condictio furtiva et actio furti utraque de eadem re, sed non ad idem vel eundem finem; itaque nec ejusdem rei nomine juxta acceptionem Donelli. Nam Cujac. et P. Fab. Hot. Obrecht. et alii verba illa aliter accipiunt, ut *infra N.* 4. (II) Concurrere dicuntur actiones non solum quæ ex una causa,

legibus in eamdem rem sint constitutæ, hic duplex exsistit quæstio, quarum utraque re- etam istam institutionem remoretur. Una, an omnes competant, ne si forte una non



negocio vel facto proditæ, veluti arborum furtim cæsarum et L. Aquiliæ; actio furti et condictio furtiva: sed et quæ ex pluribus diversis, nec solum actiones diversi generis, ut *L.* 18. *de O. et A.* sed et ejusdem ut *d. L.* 10. *de act. em. L.* 4 *de fidei. L.* 56. *pr. de furt.* nisi caussæ duæ lucrativæ §. 6. *I. de legat. supra Lib.* 16. *C.* 5. add. *not. infra N.* 4. (III) Vere ac proprie, ex vi verbi, concurrunt duæ actiones, cum utraque intentari et exerceri potest ut vel utriusque commodum consequatur actor, *L.* 10. *de act. em.* vel altera in judicium deducta, altera integra remaneat, *d. L.* 18. *de O. et A.* Seu cum omnibus experiri licet *L.* 32. *eod.* et eam quam voluerit prius exercere, deinde etiam quod amplius in altera est exsequi *L.* 34 *in fi. pr. h.* Concurrunt denique quæ utræque competunt *d. L.* 34. *pr. L.* 1. *Arb. furt. cæs. L.* 2. §. *pen. de priv. delict. L.* 5. §. 1. *ad L. Aq.* cum et hanc et illam actionem dari legimus ut *d. L.* 5. §. 1. *d. L.* 34. *pr. et* §. 1. *L. Arb. furt. cæs. L.* 7. §. 1. *de cond. furt. L.* 43. *Locati L.* 2. §. 1. *de tut. et rat. distr. L.* 2. §. 1. et omnibus seqq. *de priv. delict. L.* 45. *L.* 47. *et seqq. pro Soc.* §. 1. (ubi notanda verba *præter has*) *I. Si quadr. paup. fec. dicatur.* Quæ itaque actiones alternatim competunt non concurrunt, ut cum dicitur *vel hac vel illa* actione me consecuturum etc. *L.* 21. §. *ul. Quod met. cau. L.* 38. §. 1. *pro Soc. L.* 27. §. 11. *ad L. Aq. L.* 33. *de dam. inf.* Illic enim altera alteram non tollit *d. L.* 45. *pro Soc. d. L.* 2. §. 1. *de tut. et rat. L.* 18. *de O. et A. L.* 12. *C. de furt.* nec consumit: *d. L.* 2. §. 2. *de priv. delib. L. pen. de O. et A. L.* 130. *de R. I.* Hic tollit *d. L.* 38. §. 1. et consumit: *L.* 28. § 4. *de jurej. L.* 5. *in fi. de fidejuss.* nec electa una regressus ad aliam *L.* 9. §. 1. *de trib. act.* Posita autem electione tali, negatur concursus. Concursus enim plures actiones exerceri posse arguit. Hæc namque est vis verbi, quando duo vel plura simul currunt, et conjunctim habentur *L.* 14. *pr. de exc. rei jud.* Ubi autem istius modi electio, una actio est. Et quæ alternatim competunt, ex iis alterutrum habetur vel unum ex pluribus, non utrumque vel omnia. Quare et quod discrimen inter utrumque et alterutrum, idem inter hæc: concurrere actiones plures ex. gr. *et* Commodati *et* Aquiliæ ac competere plures disjunctim, ex. gr. *vel* tributoriam, *vel* de peculio; inter concursum et competentiam (liceat sic loqui) alternativam. Sicuti enim rebus disjunctim legatis Sticho aut Pamphilo, unum non plura legata; alias agnitione legatarii utrumque consequi daretur, sicuti rebus disjunctim promissis aut venditis, ut *L.* 34. § 6. *de contr. em.* una stipulatio venditiove, ita et hic una actio. Confirmat hæc regula §. 6. *I. de lega.* Duæ lucrativæ caussæ in eundem hominem et eandem rem non concurrunt. Cujus non alia vis quam ex utraque caussa conjunctim rem eandem persequi non licere. Quin autem ex duabus lucrativis caussis duæ actiones disjunctim competant, ut alterutra rem consequi detur, non ambigitur. Sic legatarii re tantum conjuncti vel quod idem est, disjuncti concursu partes facere dicuntur, ut suo loco. Concursus is dicitur, quoties (non alteruter vel unus ex pluribus) sed omnes ad eandem rem legatam non vocantur tantum, sed et admittuntur, eamque agnoscunt. Quemadmodum igitur hic dicuntur concurrere, non eo ipso quod sunt scripti in testamento iisque res assignatæ, sed quia existunt in eadem re simul, ut ejusdem rei legatæ commodum non uni, sed omnibus acquiratur: ita et actiones concurrere dicendæ, non cum sunt legibus proditæ, sed cum exerceri utræque in judicio et existere possunt, atque ex iis commodum actori consequi et, una expedita, ad aliam transire licet. Agnosco inter hæc similia interesse: quod res conversa videtur. Istic personæ plures dicuntur concurrere in una re; Hic in materia nostra plures actiones dicuntur concurrere in una persona. Utrobique tamen ratio haud dispar, ut et efficacia voculæ *concurrere*. Quamvis itaque ex. gr. Pro Socio et Communi dividundo sint duæ actiones, eædemque jure ambæ constitutæ, tamen cum in specie *d. L.* 38. pro *Soc.* vel hac vel illa impensas fructusve socio consequi conceditur, non existunt ambæ actiones, proinde nec concurrunt; sed dum altera intentata, alteram tollit, impedit ejus existentiam efficitque ne concurrere possit. Proinde utram actor intentet, eam solam habet actionem. Nam et ita, si cui Stichus vel Pamphilus legatus, uti unum legatum, ita una actio, non duplex *L.* 19. *de leg.* 2. licet initio vel Stichum petere vel Pamphilum liberum. Sic eodem testamento scripti heres institutus et substitutus non concurrunt, quia non uterque sed alteruter eorum heres esse potest *L.* 69. *de acq. her.* Quia autem unus singularis casus in *L.* 40. *de her. inst.* quo uterque admittitur, non inconcinne dicitur eo casu concursus instituti et substituti. Ita quoque creditores in pignore concurrere dicuntur *L.* 7. §. 1. *Qui pot. in pig.* non cum alterutri, sed cum utrique in eo jus. Ita delicta concurrentia, ubi utrumque admissum est *L.* 2. *de priv. delict.* Ita denique, ut exceptio rei judicatæ detur, tria hæc concurrant oportet: res, caussa petendi et personæ eædem *L.* 14. *pr. de exc. rei jud.* Sed ut semel definiam. Quoties duæ actiones sunt, quarum altera per alteram consumitur, id est existere impeditur et unam tantum intentare licet, ut ipsa electione aditus ad aliam sit præclusus, concursus earum non nisi late et abusive dicetur. Inter hæc enim naturalis pugna: concurrere, et eligi debere; competere utrumque, et alterutrum. Contra verus concursus quoties una proposita alteram non tollit, sed vel ex hac consecuto actore, illa aut in totum aut in id quod amplius in ea, superest: vel saltem cum intentata, non eo ipso quod de ea judicium acce-

competat, frustra quis agat, hac electa quæ non compe'iit. Altera, si omnes competunt, an ita competant, ut omnibus experiri liceat. Quarum quæstionum utraque cum ad jus agentis, eoque ad rectam ejus institutionem pertineat; apparet utramque hujus loci esse, eamque nobis superesse quæ hoc loco explicetur: quemadmodum et sub *titul. de oblition. et action. D.* tractatam videmus.

II. Prior ergo illa quæstio est, cum plures actiones de eadem re legibus constitutæ sunt, vetus et nova, an hæ omnes competant, ut saltem vel unam eligere liceat quam recte exerceamus, quia competiit. Inepta quæstio, dicat aliquis. Nam si omnes istæ legibus constitutæ sunt, ut proponimus, an dubitamus quin omnes competant: cum constet nihil magis ratum esse, quam quod lex constituit; nec quidquam magis nostrum, quam quod eadem lex pro potestate nobis tribuit? Et an ignoramus obligationes et actiones legibus constitutas esse civiles, inter eas aut m quæ maxime efficaces sunt, præcipue has esse? §. 1. *Institut. de oblig.* §. *sed istæ, Instit. de action. L. actionum. in li :. D. de ob'ig. et act.* Et ita esset omnino, si quidem posteriore lege constituta, etiam priores de eadem re constitutæ semper manerent. Verum hoc dubitatur, an posterior lex quæ novam obligationem et actionem de eadem re constituit, deroget prioribus: quod sane si fit, tolluntur veteres actiones et solum remanet nova. Atque hinc scilicet superior quæstio, an quasi omnibus istis legibus et veteribus et novis integris manentibus, omnes actiones his legibus propositæ competant. De eo sic Pauli definitio est inde nata, nimirum: quoties lex obligationem introducit, nisi nominatim caverit, ut sola ea actione utamur, etiam veteres eo nomine actiones competere: ut intelligamus competere omnes, id est et veteres et novas: exstat in *L. quoties.* in princip. *D. de oblig. et act.* Et recte. Necesse est enim priores leges et quod illæ tribuunt manere, nisi posteriore lege abrogatæ fuerint. Nunquam autem posteriores leges derogant prioribus nisi sint contrariæ, aut nominatim jubeantur priores silere, ut solum posterioribus sit locus. Quin potius contra semper posteriores leges nisi contrariæ sint pla et ad priores trahi, ut et posteriores ad priores, tanquam sese mutuo adjuvandi et interpretandi caussa invicem constitutas, *L. non est novum. L. sed et posteriores. D. de leg.* Jam vero plusquam manifestum est, posteriorem legem non esse prioribus contrariam, quæ de eadem re cum prioribus actionem introducit. (2) Adjuvandarum potius et confirmandarum priorum caussa constitutam esse apparet, quæ idem factum nova actione vindicet. Sic autem rem se habere, ut superior definitio est, declara-

plum, sed cum inde actor plene consecutus id quod debetur et cujus consequendi gratia utraque prodita est actio, ut nihil amplius ei absit, perempta est. Nec inter hæc electione tollatur, an consecutione actio altera parum interest. Illic enim si priore actione absolutus reus, posteriori locus nullus. Hic autem et ubi non alternatim, sed conjunctim plures actiones competunt, etsi consecutio efficiat aliam cessare, tamen ubi priori actione succubuit actor, forte probatione defectus, alia ei actio concurrens superest qua obtinere potest; vid. *infra N.* 4. Nec obstat *L.* 43. §. 1. *de R. I. ut d. N.* 4. Nec obstat quod *L.* 5. §. 1. *de cal. L.* 18. *ad L. Aq. l.* 43. *locati* dicitur sufficere alterutram actionem, alterutra contentum esse actorem, et tamen ibi exempla veri concursus ubi dicitur *et hæc et illa* etc. Nam resp. Distingui hæc: dari aut competere alterutram actionem; quibus verbis concursus negatur, ac sufficere alterutram *d.d. LL.* postquam scilicet una actum, et ex ea solidum quod in utraque obligatione exactum est, *L.* 18. § *ult. de const. pec.* vid. *infra N.* 16. (IV) Etsi de eadem re plures actiones legibus aliisve juris partibus introductæ, proinde nativitas ac ortus iisdem adscribi possunt: concursus tamen earundem admissus Jurisprudentum interpretatione. Nec usquequaque placet quod Obrecht. *de Concip. libel. C.* 22. *n.* 1. introductum eum iis partibus juris quibus actiones proditæ, sentit. Neque enim iisdem una definitum, quando alia aliam vel consumat electione, vel perimat consecutione. Verum hanc doctrinam omnem Prudentum auctoritate niti constat 1.° ex *L.* 53 *de O. et A.* verbis: *probatum est* et 2.° ex *L.* 32. *eod.* verbis: *post magnas varietates* obtinuit. Hisce enim uti solent ICti cum innuunt fori disputationem, de qua *L.* 7. §. 5. *de O. I.* perplexam quæstionem fuisse decisam, cum in unum quasi collegium Prudentum convenit, cumque communicatis sententiis rem expenderunt, quam pro se quisque non ausus definire. Ita in *L.* 55. §. 1. *de leg.* 2. *L. ult. pro legato et simil.* 3.° Apertissime ex *L. un. pro C. Quand. civ. act. crim. præjud.* verbis: *a plerisque prudentum definitum est.* Sed et fuisse varias quoque hic veterum sententias probant *L.* 34. *pr. de O. et A. L.* 38. §. 1. *Pro Socio etc.*

(2) Ut laxior sit agendi facultas *L.* 76. §. *pen. de leg.* 2. *L.* 108. §. 2. *de leg.* 1. Cabot. 1. *Disp. ult.* Fac. *L.* 1 §. 4. *de Public.* Plane A. Fab. ad *L.* 130. *de R. I. p.* 554. etsi in hac sententia non dissentit, tamen longe aliter *d. L.* 41. *pr.* exponit, quod nempe nova actione jam experti adhuc veteres recte intendant, et quod in iis plus est consequantur etiam cum priori actione reus absolutus, ut *L. pen. Arb. furt. cæs.*

tur exemplo arborum furtim cæsarum. Ejus facti nomine actio primum constituta est lege duodecim tabularum. Deinde multo post lege Aquilia: quæ de omni damno dato lata, etiam hoc damnum complexa est. Quid ergo, sola actio legis Aquiliæ de arboribus furtim cæsis competet? Immo utraque, et vetus ex lege duodecim tabularum, et nova ex lege Aquilia, ut idem Paulus ex sententia veterum probat in *L.* 1. *D. arbor. furt. cæs.* Neque huic sententiæ adversatur quod scriptum est in *L.* 1. *D. ad leg. Aquil.* legem Aquiliam omnibus legibus quæ ante se de damno injuria dato locutæ sunt, derogasse, sive duodecim tabularum, sive quæ alia fuit. Hoc enim de iis legibus prioribus dictum est, quæ simpliciter de damno injuria dato constitutæ essent. Cujusmodi non est lex duodecim tabularum ea parte qua cavit de arboribus furtim cæsis. Hic enim non generaliter cavit de damno, (3) sed specialiter de damno arborum cæsarum. Neque in his de damno simpliciter injuria dato; sed quod datum esset arboribus clam et furtim cæsis.

III. Sed ita, inquam, actiones pluribus legibus de eadem re inductæ omnes competunt, nisi posteriore lege cautum sit ut sola ea actione utamur quæ posterius inducta est. Quod interdum accidit: ut non temere illud in quæstione positum fuerit, an omnes eadem nomine propositæ competant. Hujus rei exemplum jam olim habuit lex Aquilia; quæ, ut modo dixi, de damno injuria dato ita lata est ut omnibus legibus de eadem re ante constitutis derogaret, *d. L.* 1. *D. ad leg. Aquil.* Sic autem derogavit, non quia esset posterior: multo minus quia contraria: sed quia lege ita cautum esset ut placeret ex hac una lege deinceps de damno injuria dato jus reddi oportere. Sed hoc exemplum nobis est paulo obscurius, quia verba omnia ejus legis nunc non exstant. Certiora exempla duo nobis suggerunt Justiniani constitutiones; unum in pecunia constituta, alterum in repetitione dotis. In pecunia constituta de plerisque rebus vetus actio fuit receptitia. Justinianus de omnibus rebus, quascumque se soluturum quis constituisset, unam esse voluit actionem de constituta pecunia, sublata nominatim receptitia illa vetere, *L.* 2. *C. de constit. pecunia.* De dote repetenda veteres actiones fuerant duæ; ex stipulatu, si quis stipulatus esset dotem sibi reddi; et sine stipulatione actio rei uxoriæ. Justinianus ad omnem repetitionem dotis unam constituit actionem ex stipulatu etiam tum, cum nulla stipulatio intervenisset, quia quasi intervenisset perinde haberi voluit: idque ita constituit, antiquata nominatim rei uxoriæ actione, §. *fuerat. Instit. de act. L. unica*, §. 1. *C. de rei uxor. act.* In quibus exemplis apparet, nova actione introducta, veteres desiisse competere: sed ideo quia posterioribus legibus ita cautum fuit ut sola ea nova uteremur. Quod cum adjectum non est, rata est superior definitio et veteres et novas eodem nomine competere.

IV. Hac sententia constituta, nascitur de his ipsis actionibus simul concurrentibus altera quæstio, an quia omnes competunt, etiam omnibus experiri liceat. Et ut sunt ea quæ de jure actionis recte instituendæ ante diximus, nihil aliud restare videbatur quam licere. Posuimus enim antea unumquemque recte agere, cui competit ea actio qua experitur. Sed hoc in eo qui unam de re petita actionem habet, sine exceptione vere dicitur. In eo cui circa eamdem plures sint actiones, non est perpetuum, dum hoc cavetur ne actor, per occasionem plurium actionum quæ de una tantum re competunt, singulis agendo sæpius idem exigat, atque ita plus ferat quam unam rem quæ debetur, contra manifestam sententiam earum legum quæ plures actiones unius tantum rei nomine proposuerunt. Ac de eo jam superest ut videamus. In quo hæc distinctio summa est ut, si plures actiones diversarum rerum obtinendarum nomine competant, omnibus experiri liceat et simul et separatim: si unius rei et pecuniæ nomine, plus una uti non liceat. In hac distinctione, si quidem vera est, cum omne jus hujus partis versetur, ante ejus distinctionis partes sepatim nobis proponendæ et diligentius constituendæ sunt, ne de fide earum dubitetur:

(3) Dura perquam hæc expositio. Aliter P. Fab. *ad L.* 130. *p. de R. I.* 554. derogavit scilicet dum obligationem novam introduxit, non autem prohibet ne veteres una actiones exerceantur juxta *d. L.* 41. *pr.* Atqui hoc quomodo *derogare* sit, non perspicio. Malo sic: Derogavit, id est non abolevit, sustulit prorsus, sed partem quasi detraxit *L. derogatur* 102. *de V. S.* Quia vim earum actionum hactenus imminuit, ut si quis Aquilia prius egerit, deinde alia actione ex veteri lege, tanto minus ex posteriore consequatur, quantum ex priore adeptus est, ut non penitus in effectu salva maneat ac integra alia actio in solidum, sed solum quatenus in ea amplius est. Quomodo belle conspirat *d. L.* 1. *Arb. furt. cæs.* pariterque aliis difficultatibus ex *L.* 2. §. 1. *de nox. act. L.* 5. *Si fam. furt. fec.* occurritur.

post deinde in quibus actionibus una res versetur aut plures, quærendum videndumque num in singulis superiores definitiones congruant.

V. Sic ergo primum statuatur, si plures actiones (4) diversarum rerum nomine competant, quamvis in eandem rem concurrant atque adeo ex eodem facto nascantur: sem-

(4) Nota. Alio sensu Donellus exponit verba *ejusdem rei nomine* in *L.* 43. §. 1. *de R. J.* consequenter illa eis opposita *diversarum rerum* quam alii. Hot. *Ill. Q.* 29. *p. m.* 235. exponit *ejusdem rei*, id est facti vel delicti pariter atque illa *de eadem re* in *d. L.* 130. *ut infra h. N.* Hoc et alii reprobant et illis *ejusdem rei nomine* idem est quod Donellus hic vocat in eandem rem. Cujac. P. Fab. Hippo. a Collib. *in d. L.* 43. Et Obrecht. *de Concip. libel. C.* 21. *et seq.* in quibuscunque actionibus quæstioni locus de concursu, et an una solum vel pluribus uti liceat, *ejusdem rei* vocat, sive ex una sit, sive ex pluribus caussis. Idemque vim concursus dicit esse ut quæ actiones ejusdem rei nomine, vel una competant, vel alterutra eligenda. Et P. Fab. *d. L.* 43. *p.* 215. etiam ex diversis contractibus actiones diversas ejusdem rei nomine haberi. Plane in *L.* 56. *pr. de furt.* habetur re eadem bis subrepta cum eodem ejusdem rei nomine sæpius furti agi. Ubi una quidem genere actio, sed specie et numero duplex. Nec ejusdem rei nomine ibi denotat ad idem consequendum quod consecutus est priori actione; sed ratione ejusdem rei in qua furtum admissum est. Diversarum autem rerum alii vocant, quæ circa alias res et ad præsentem tractationem plane non pertinent ut *supra N.* 1. ibi *Quippe concurrere etc.* Enimvero dilucidior reddetur distinctio Donelli sic. Si ad diversa tendunt actiones, licet ejusdem rei ratione: omnibus actionibus locus. Secus si ad eundem vel idem consequendum tendant, cum una et eadem utrinque vel omnium vis. Hot. *Ill. Q.* 29. *p.* 234. Hipp. a Collib. ad *L.* 130. *de R. I. p.* 173. cum quælibet alio non spectet quam ad simplicem rei persecutionem, nec ultra id amplius quidquam altera consequi licet, Rob. 2. *Rec. Lect.* 25. Et hic quidem juxta mentem Donelli, una intentata, ad alteram judicio de priore nondum peracto, semper datur regressus. Peracto autem, nunquam: non modo si ex sententia consecutus id ad quod actio prodita, sed etsi nihil inde tulerit, reo absoluto. Quæ cum in aliquibus minuenda videatur opinio: in universum sic statuendum puto. Plures circa eandem rem actiones, AUT AD IDEM consequendum et EUNDEM FINEM tendunt. Et vel ex eadem caussa oriuntur, nec concurrunt initio plures, *hæc et illa*, sed disjunctim competunt *hæc aut illa* Atque hic altera alteram tollit et consumit, ut not *supra N.* 1. Non perceptione aut sententia quod Donellus vult: sed ipsa electione, dum intentata est, et litis contestatione in judicium deducta. Nam etsi quandoque electa usurpetur, qua res judicio finita est, ut *d. L.* 34. *pr.* ne tamen et hic ita accipi possit, multa efficiunt. 1.º Natura hæc electionis tum communis, unde vulgo: qui semel eligit, variare nequit *L.* 22. *de L.* 2. *et simil.* tum diserte confirmat specialim in actionibus illud quoque, ut alterutra electa, non possit ex pœnitentia ad alteram veniri, *L. ult.* §. 1. *C. de furt.* et ut ab ipsis intentionis exordiis unius electione alterius aditus omnino præcludatur, *L. ult. pr. C. de Codicillis.* Quas ut interpreteris, si et sententia secuta sit, nec verba nec mens utrinque ullo modo patitur. 2.º In iis quæ sic ex eadem caussa et ita alternatim competunt, dicitur actio una aliam tollere: in aliis autem quæ ex diversis caussis et ita conjunctim, una aliam non consumere Atqui cum in hisce quoque sæpissime et peracto judicio ex una si consecutus actor, altera non superslt, ut postea dicetur; consequens utique in illis, etiam nondum peracto, sed instituto solum judicio unius actionis, alteram sublatam; alias regulæ duæ contradictoriæ, negans de illis et affirmans de his ejusdem vis erunt, idem in effectu continebunt, quod absurdum. 3.º Hoc confirmat *L.* 18 §. *ult. de const. pec.* probans ubi solutione ex caussa judicati obligatio quoque alia perempta est, id actioni ipsi de qua judicatum est non adscribendum esse. 4.º Facit argumentum contrario ex *L.* 18. *de O. et A.* ibi *altera in judicium deducta* 5.º Verba clara *L.* 5. *in fi. de fidejus.* cum altera (actio) in judicium deduceretur, altera consumeretur. Deducitur autem tunc cum judicium accipitur, non cum sententia fertur, nedum cum executio fit, aut judicato paretur. 6.º In *L.* 9. §. 1. *de trib. act.* interpretationem Donelli nec verba nec sententia admittunt. Nam si liberalius largirer istis verbis: electa una actione regressus ad aliam non datur; hunc sensum donari posse. Quando ex una actione jam adeptus actor quod debetur, vel in eadem succubuit, aliam deinde exercere nequit. Quæ prædura tamen expositio foret Attamen alia illic verba quibus ipsa structura sermonis præcisus locus huic sensui. Nam dicitur *Eligere debet* qua actione experiatur etc. Inconcinna declaratio debet *eligere*, id est ea actione intentata suum consequi, aut vinci debet. Nam id quidem ut eligat in potestate est agentis, ut vero vincat, aut vincatur in exitu litis et alea judicii Indigna quoque decisio foret acumine Ulpiani, nec sequentis convenirent. Nam dum dicitur ex diversis caussis utraque actione agi posse, non intelligitur de rebus diversis et ad diversos fines. Ita enim nulla dubitandi caussa, sed de iisdem et ad idem consequendum ut nimirum altera intentata judicio accepto resilire et ad aliam regredi possit, itemque si ea, sententia secundum reum dicta, finita. Quid multis? Suis Donellum telis conficiamus. Ipse statuit lite contestata desertionem prioris actionis non esse licitam, nec ab ea recedi posse nisi reo illa absoluto, *infra Lib.* 23. *C.* 5. Absoluto autem reo una actione ex iis quæ ita disjunctim competunt ex. gr. tributoria, per necessariam consequentiam fit ne altera ex. gr. de peculio locus sit, propter exceptionem rei

per tamen omnibus uti licere et simul et separatim, ut nunquam una alteram consumat, neque ab initio, neque eventu et unius ex iis rebus perceptione. Exemplo est ex caussa furti actio furti et condictio furtiva. Harum utraque tenetur qui furtum fecit, ut appareat eas ex eodem facto nasci et in eamdem rem furtivam incurrere, §. *ult. Inst. de oblig. quæ ex del. nas.* Sed ita hæ actiones circa eandem rem versantur, ut longe diversarum rerum nomine constitutæ sint: nam furti actio pœnam petit legitimam dupli aut quadrupli, idque extra rem furtivam; condictio furtiva persequitur rem ipsam, *d.* §. *ult. Ea res*

judicatæ quæ datur lite inter eosdem de eadem re ex eadem caussa redintegrata, etsi alio genere actionis ut *Lib.* 22. *C.* 5. Quorsum igitur permittetur post litem contestatam hic novæ actionis institutio, cujus in omnem eventum nulla utilitas futura actori, reum solum novæ molestiæ implicans? Neque ideo tamen sentio exceptionem illius, aut cujuscunque objectum hic reo necessarium. Quin jure ipso potius repellitur actor, regressum captans ad aliam a quo jure arcetur *d. L. ult. pr. C. de codic.* etc. quemque ipse sibi ademit, etsi necdum ulla sententia ex priori actione lata. Sed hoc volo, posita doctrina Donelli *h. C.* et juncta illa quæ *d. Lib.* 23. *C.* 5. inanem tamen ac sine effectu hic fore mutationem actionis lite contestata. Exempla actionum ex eadem caussa ad idem hæc. Ex contractu servi qui sciente domino negociatus, Tributoria vel de peculio, *d. L.* 9. §. 1. *de trib. act.* Ex damno a servis coloni illato, vel ex locato vel ex L. Aquilia, *L.* 27. § 11. *ad L. Aq.* Impensis in rem ex societate communem factis, pro Socio, vel communi dividundo, *L.* 38. §. *pro Soc.* Et quoties eadem quæstio in judicium deducitur, *L.* 38 §. 4. *de jurej.* Ut caussa hic accipiatur fere quomodo cum de exceptione judicati quæritur, ubi eadem caussa dicitur, etsi alia actio. Paolo tamen pinguior regula DD. post alios Gilken. ad *L.* 3. *C. de ed.* o. 257. Quoties duæ actiones ita comparatæ, ut sententia in una pariat exceptionem in alia, concursum non admitti. Vel ex pluribus diversis caussis et hæ conjunctim competunt, *et hæc et illa*, ac vere concurrunt; etsi ad idem tendant, ac rei persecutoriæ non modo sint, sed nec pluris intersit alia agi. Veluti in constituto debiti ex quacunque caussa, ubi et actio principalis et de constituto, *L.* 18. §. *ult. de const. pec* Sic ad legata persequenda variæ actiones in rem ex dominio; in personam ex quasi contractu *supra Lib.* 8. *Cap. ult.* Proinde de his idem jus, quod in sequenti membro. AUT AD DIVERSA ET AD ALIOS FINES. Et hæ item vere concurrunt sive mere diversa persequantur, sive partim idem, partim aliud, quæ ad diversos fines permixtim dantur, (modo non contrariæ sint. Hæ enim disjunctim competunt, *L. un. C. Si serv. extero* ubi Donell. Quo pertinere quoque puto *L.* 21. § *ult. Quod met. cau.*) Quod accidere potest non solum, ubi altera persecutoria, altera pœnalis, mera vel mixta; aut ubi utraque pœnalis, et vel ambæ mere pœnales vel mixtæ; vel una ex his, altera ex illis; sive quæ concurrunt ex eadem utræque caussa vel facto ortæ, sive ex diversis, ex. gr. actio furti et commodati et condictio furtiva; Aquiliæ et injuriarum, commodati et Aquiliæ etc. Sed et quandoque ubi utraque mere persecutoria de eadem re. Nam et hæ quandoque plane ad diversa (ejusdem tamen rei ratione, alias non sunt præsentis tractationis et de iis res per se clara) competunt et concurrunt, tum in diversis actionum generibus ut in *specie L.* 18. *de O. et A.*; quoties denique eadem res ex pluribus obligationis caussis debetur, ubi non solum ei qui ex una caussa egit et succubuit, altera superest, *L.* 14. §. 2. *de exc. rei judic.*: sed et si ex una rem consecutus, ex altera ad æstimationem, aut id quod interest agi potest, ut utriusque commodum consequatur; tum quod notabilius in eodem ut *L.* 10. *de act. empt.* ubi de eadem merce eidem contra eundem duæ actiones ex vendito, specie eædem, ast numero diversæ. Quandoque partim ad idem, partim ad aliud. Sic concurrit Rei vindicatio cum actione ad exhibendum, Condictio furtiva et actio pro Socio, si pluris intersit, *L.* 47. junct. *L.* 49. *pro Soc.* ubi quatenus id quod interest egreditur rei æstimationem quæ in condictionem furtivam venit, plus in hac quam illa: Actio ex stipulatu et ex vendito, in *L.* 28. *de act. empt.* ubi pluris interest, quam quod ex illa consequi licet. Et ita hæ actiones non plane ad idem, etsi neutra pœnam persequatur. De his autem omnibus actionibus quæ vere concurrunt, duplex dubitatio veterum. UNA: num eadem plures formulæ pro uni, eodemve judicio exerceri possint. Hoc modo negatur, *L.* 43. §. 1. *de R. I.* Quæ de hac conjunctione solum accipienda. Quo et inclinavit Hotom. *Illust. Quæst.* 29. *p.* 235. hæsitans tamen, quasi hæc sententia illis verbis non satis commode expressa sit. Ast immo hæc sententia ex serie præcedentium principio et oppositione exceptionum et actionum elicitur. Nam ut *d. princ.* est de exceptionibus et defensionibus quæ conjunctim competunt, *hæc et illa*: non *hæc aut illa*, ita §. 1. monstrans discrimen actionum ab exceptionibus *concurrere* dicit actiones plures non quarum alterutra competit actori, sed utraque, vid. *supra N.* 1. et ut *d. princ.* arguit plures ab eodem exceptiones conjunctim competentes, non in diversis judiciis (quis de hoc ambigat) sed in eodem judicio ad eundem liberationis finem, una inferri, eodemve libello defensorio proponi posse: ita, si recta probeque sibi oppositio constat *d.* §. 1. arguit plures conjunctim competentes actiones in eodem judicio, ad eundem consecutionis finem, simul intendi uno libello actoris non posse In oppositione enim non disconvenire solum attributa, sed et subjecta convenire oportet. Quæ enim oppositio, quamve aptum discrimen hoc modo foret. Plures defensiones conjunctim competentes una pro-

*facit*, inquit Ulpianus, *ut in rebus tam diversis neque furti actio per condictionem, neque condictio per furti actionem consumatur. L.* si pro fure. §. 1. *D. de cond. furt.* Quo signi-

ficatur id quod ante posui, neutram actori obstare quominus utraque ex æquo utamur, consequamurque id cujus nomine utraque constituta est, sive eodem tempore placeat

poni possunt. Ast plures actiones disjunctim competentes nec separatim exerceri possunt; sed ubi una actum, altera consumpta est. Huc autem recidunt cum Donelli, tum aliorum fere interpretationes. Nam cum Donellus putat ejusdem rei nomine dici *d.* §. 1. quæ ad idem obtinendum, et una peracta, etsi nihil consecutus sit actor, reo absoluto, aditum ad aliam esse præclusum, nonne de disjunctim competentibus actionibus accipit, quæ nihil minus quam concurrunt ut *supra N.* 1. Etsi enim complectitur plures quæ vere concurrunt, exempli gratia, Condictio furtiva, et actio commodati: tamen ex ea interpretatione sequeretur eas disjunctim competere; quæ immo competunt conjunctim, quæque ne separatim una post aliam exerceantur nihil impedire potest, quam si idipsum consecutus sit actor, ad quod posterior actio prodita est, ut sequitur. Sensus igitur *d. L.* 43. §. 1. est: *Quoties concurrunt plures actiones*, id est non una ex iis sed omnes, non alterutra sed utraque competit ut *supra N.* 1. *ejusdem rei nomine*, id est ratione, seu de eadem re; sive ad idem consequendum, ut in *l.* 18. §. *ult. de pec. const.* sive ad aliud omnino, ut actio furti et condictio furtiva; vel ex parte, Commodati et Aquiliæ: *una quis experiri debet*, id est variis simul actionibus uti non licet, ut *L.* 76. §. *penult. de L.* 2. obi vecula *simul* arguit a contrario separatim, immo licere, de quo mox. Hanc expositionem non suadet modo, sed exigit vis verbi *concurrere* alias oratio secum ipsa pugnans hoc sensu. Cum utraque actio competit, alterutra competit; cum omnes una, ex illis una. Eadem videtur sententia *L. plura* 53. *de O. et A.* ut et ibi: *omnibus uti* interpretemur scilicet simul *d. L.* 76. §. *penult*; alias insolubilis dissensio *d. L.* 53. et *L.* 32, *eod. tit. ut et L.* 2. *pr. de priv. delict.* ALTERA: num separatim vel diversis judiciis exerceri possint? Ubi regula: Actiones de eadem re concurrentes, alia aliam non consumit vel tollit. Quæ non solum generatim expressa *L.* 130. *de R. I.* §. 1. *in fin l. Si quadr. paup. fec.* et in specie de pœnalibus, *L. pen. de O. et A.* sed et perpluribus aliis juris locis innuitur. Passim enim ubi ejusdem rei ratione dicitur *et hæc et illa* actio dari, (hoc autem est concurrere) additur quod alia aliam non tollat *L.* 2. §. 1. *de tut. et rat. distr. L.* 45. *pro Soc. L.* 12. *Cod. de furt.* non consumat *L.* 18. *de O. et A.*, *L.* 18 §. *ultim. de const. pec. L.* 2. §. 1. *de priv. delict. L.* 2. §. 1. *de condict. furt.* Quare hic si una, quaecunque prius actum, per sententiam ipsam nunquam contingit liberatio ab alia, sive ea reus condemnetur. Etsi nec in altera amplius sit, pluris intersit. Nam quod judicati obligatio præcedentem novat, non de alia verum quam de ea quæ in judicium deducta est. Sed tantum solutio rei aut conse-

cutio et perceptio actoris quatenus et quousque solutum perceptumve est, *d. L.* 18. §. *ult. de pec. const. d. L.* 2. §. 1. *de tut. et rat. distr.* Tunc enim non vi litis contestationis, aut judicati actione priori tollitur posterior, sed solutione, tollendæ cujusvis obligationis modo communi. Et posterior exerceri non potest efficaciter, non quia prior exercita et ad finem perducta, sed quia nihil abest actori ejusve non interest. Nam et si extra judicium solutio facta, et ita neutra actio exercita esset, pariter ad utramque obligationem profecisset *d. L.* 18. §. *ult.* Potest autem intentari cum effectu etsi prior finita, si necdum quid inde consecutus actor, aut ea reus absolutus de quo mox. Quid quod nec ea ipsa actio quæ exercita, aliter judicati obligatione novata et ita perempta est, quam quatenus ex odit actori ut *supra Lib.* 16. *Cap*, 20. *n.* 37. *vers.* sed si *N.* 22. Quanto minus igitur sententia per se citra exsecutionem vel judicatum, antequam id factum sive paritum est, actiones concurrentes peremit. Nam etsi Donellus hic stolte quæri aliam actionem ad idem, de quo judicatum alia est; variæ tamen caussæ incidere possunt, ut etiam plane pro eodem obtinendo expediat nova potius actione uti, quam exsecutionem ex priori petere. Quin etsi solutum sit, ceu ex alia obligatione juxta quidem nostrorum opinionem ut *infra* N. 11. alia actio concurrens, si stricta sit, ipso jure superest, sed quatenus idem petit, exceptione doli submovetur, *L.* 71. *pr. de furt.* Sin bonæ fidei ideo jure perempta creditur *L.* 34. §. 1. *de O. et A* quod ista exceptio natura judicii insit, Quia contra bonam fidem bis idem exigi *L.* 57. *de R. I.* Quare ubi nondum solutum, multo magis actio concurrens supererit, nisi exceptione repellatur: Ast quænam illa exceptio? Transii inductione per omnia exceptionum genera. Nullam hic convenire reperi. Siquidem rei judicatæ exceptio condemnato nunquam competit, *L.* 16. *de except. rei judic.* et nec hic absoluto competere potest ut sequitur. Sive absolutus sit Etsi enim Donellus hic exceptione rei judicatæ hunc tutum sentiat; verissimum tamen: Quæcunque actiones concurrunt, sive idem plane petant, sive aliud, et sive persecutio alterius plane diversa, ut neutra in altera ulla ratione insit: sive uberior solum altera, ut hæc illi quasi partis ratione insit sive hæc, sive illa; graviori aut leviori prius expertus actor, uti condemnatio sola non liberat altera, qua nec dum actum est, ceu jam firmavi, ita nec absolutio: Probo hoc tum ex jure: 1.° per sæpe dictam regulam *L.* 130. *de R. I.* nunquam consumit. Ergo nec si peractum judicium, nec si nondum finitum: et peracto eo, nec si condemnatus reus nec si absolutus. Sententia enim propter actionem secuta est, et vix est ut non di-

his experiri, sive separatim et diversis temporibus. Idque ex principiis certis juris quæ sunt de liberationibus, ita statui necesse est. Sic liberationis ratio est ut nemo liberetur invito creditore, nisi solutione ejus quod debetur, quandiu manentibus iisdem personis exstabit aut pro exstante habebitur res quæ debetur. *Inst. quib. mod. tol. obl.* in pr. *L. quod te, D. si cert. pet.* Jam vero qui rem furtivam restituit, non ideo solvit furti pœnam: nec qui furti pœnam dependit, ideo rem furtivam restituit. Necesse est igitur, una re soluta, nihilominus alterius obligationem manere, cujus solutio non est secuta.

VI. De pluribus autem actionibus de eadem re competentibus sic Ulpianus definit in *L. nemo ex his*, §. 1. *D. de reg. jur.* quoties concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una tantum quis experiri debet. Cui definitioni plane congruit illa Modestini ex *L. plura*, *D. de obl. et act.* si ex una obligatione plures actiones nascantur, una tantummodo, non omnibus utendum est. Propone enim cui commodata res erat ejus rei furtum fecisse. Adversus hunc ex eodem facto ejusdem rei nomine hæ concurrunt actiones: commodati, quia commodatum non restituit; condictio furtiva, quia furtum fecit; rei vindicatio, ubi commodator dominus fuit; item propter rei vindicationem ad exhibendum actio, *L. qui servum*, §. 1. *D. de obl. et act.* d. §. *ult. Inst. de obl. quæ ex del. nasc.* Omnes cum unam rem ablatam persequantur ut restituatur, unius et ejusdem rei nomine competere palam est. De his ergo sic superior regula cavet, ut cui hæ actiones competunt possit ab initio eligere unam qua experiatur: cæterum una tantum debeat experiri, non possit pluribus. Hæc regula duo continet quæ sigillatim expendenda sunt. Primum hoc efficit, pluribus actionibus de eadem re concurrentibus, non posse nos simul amplius experiri quam una, et ut vulgo loquuntur, non posse nos plures actiones ejusdem rei nomine (5) cumulare. Idque rei æquitas sua-

catur actione sublatum, quod sententia 2.° per *L.* 28. *de act. em. L.* 2. §. 1. *de tut. et rat. distr.* ubi hac conditione tollitur judicium concurrens, si consequutus fuerit actor. Exempla pervulg. 3.° *per d. L.* 18. §. *ultim. de const. pec.* ubi habetur si quis una actione egit, (ac sic vicit vel victus est) non nisi solutione liberari Reum ab alia 4.° Absoluto reo in priori judicio, necesse est posteriorem salvam manere, quia nihil est quod eam peremerit. Non institutio istius actionis et litis contestatio, quia alias hæc non concurreret cum illa. Non solutio, quia nulla facta. Non sententia denique absolutoria, quia inde nata exceptio rei judicatæ actioni quæ cum priore concurrit, objici nequit, quicquid hic contra Donellus. Siquidem ut ea detur, conjunctim requiritur ut et eadem res iterum petatur et ex eadem caussa, *L.* 14. *pr. de exc. rei judic. infra lib.* 22. *C.* 5. Peruetuum autem dicere ausim, quoties plures actiones concurrunt, semper, aut utrumque aut aliquod horum deesse, ut vel alia res petatur una, quam altera; vel alia caussa petendi sit. Exemplis hoc clarum fiet. Utrumque deest, cum Commodati et Furti actio concurrunt. Nam in illa intentio actoris rem reddi, et id quod interest sua se mature recepisse, præstari debet. Caussa petendi et medium concludendi, quia commodavit. In hac intentio Quadruplum præstandum; Caussa vel ratio, quia reus rei commodatæ furtum admiserit. Res eadem et caussa diversa, cum commodati et condictio furtiva concurrunt. Illic enim caussa, quia Commodatum, hic quia res furto ablata. Sic cum de eodem legato Rei vindicatio ex dominio; et actio ex testamento ex quasi contractu. Et ita quoties pœnalis mixta cum mere persecutoria competit, et quatenus in illa amplius, aliud petitur, et semper caussa petendi diversa. Quippe illa ex delicto est; hæc caussæ contractus vel quasi, aut dominii fere innititur. Caussa denique eadem et res diversa in actione furt. et condictione furtiva etc. Idem judicium de reliquis, ut inductione constabit. *Tum ex æqui. etc.* Evidenter enim iniquissimum roficere hic rei judicatæ exceptionem perumper rem expendens reperiet. Quid enim si in condictione furtiva succubuit actor, quia non potuit probare se dominum rei esse? An ideo minus verum eum commodasse? An qui L. Aquil. intentata actione, probare non potuit damnum dedisse reum, rupisse, fregisse rem suam, idcirco minus æquum est rem ipsi restitui, si rei vindicationis judicio se dominum esse sit probaturus? An quia legatarius vindicatione instituta, probatione dominii defectus, idcirco minus verum rem legatam esse, eam ab herede præstandam, etc? Quid? Nonne absoluto possessore judicio reali, superest L. Aquiliæ? imo quandoque is absolvendus, ut illa agi possit, *L.* 14. *de R. V.* Num igitur, quia priori judicio vicit reus, exceptioni rei judicatæ contra L. Aquiliæ actionem pro concurrente quantitate, seu quatenus idem petitur hac actione, quod illa petitum est, proficit ut effectum tantum habeat posterior actio in eo, in quo priorem excedit? Hoc sane consequens foret. Quod quam inconveniens quis non videt. Pluribus hæc firmari possent. Sed eamus porro.

(5) De Cumulatione actionum multa et intricata DD. est tractatio. Eam juri civili ignotam contendit Char. 3. *Verisim.* 7. 1.° quia magistratus plures uno formula concepisse actiones nusquam legitur. 2.° Cuique actioni sua solemnis judicii formandi figura 3.°. Jurisconsulti non simul, sed nunc unam, nunc alteram posse intendi dicunt. Pluribus equidem, ait, actionibus experiri li-

det etiam si superiore regula destitueremur. Nam qui unam actionem rei recuperandæ caussa intendit, quamcunque adjecerit postea ejusdem rei nomine, eam necesse est esse supervacuam, cum prior sufficeret. Iniquum est autem (6) reum supervacua actione onerari, ut de supervacua cautione responsum est in *L. hæc stipulatio.* §. 1. *D. ut leg. seu fid. nom. cau.* Et quorsum actori alia adjuncta actio, nisi ut reum oneret non necessariis allegationibus nullo suo lucro? Bene autem Celsus in hujusmodi postulationibus negat malitiis esse indulgendum, *L in fundo. D. de rei vind.* Nihil huic sententiæ contrarium a veteribus traditum reperiemus.

VII. Objicitur tamen *L.* 1. §. *quia autem, D. quod leg.* ubi de re hereditaria ab aliquo occupata, dum incertum est utrum is pro legato an pro herede prove possessore possideat, permittitur heredi agere petione hereditatis, et simul interdicto quod legatorum; ut sive possessor possidebit pro herede, rem restituat priore judicio; sive pro legato, saltem interdicto teneatur. Sed verbis hic proponuntur de eadem re actiones plures: re autem vera et exitu non nisi una actio. Instituuntur enim hæ actiones sub contrariis conditionibus ita, ut non possit nisi una ex his vera esse conditio: atque hac admissa, sic locus fiat uni actioni, ut altera etiam intentione et sententia actoris repudietur. Nam cum petitionem hereditatis intendit heres, agit sub conditione, si reus possideat pro herede prove possessore. Quæ si conditio vera est, non possidet reus justo et speciali titulo, eoque nec pro legato: proinde nec interdicto quod legatorum potest simul teneri. Rursum cum heres agit interdicto quod legatorum, agit sub contraria conditione, si reus rem occupatam pro legato possidet. Quæ si potius conditio vera est, hoc jam contra evenit ut non possideat reus pro herede, eoque nec teneatur petitione hereditatis. Ita fit omnino, ut semper ex his conditionibus (7) una tantum relinquatur actio qua heres experiatur, altera exclusa vel potius ultro ab eo repudiata. Quod Ulpianus ibidem aperte declarat, cum subjicit, sic solere nos facere, *quotiens incertum est quæ potius actio teneat:* nam duas nos dictare, protestatos ex altera, nos velle consequi quod nos contingit. Objicitur etiam quod traditur in §. *præterea, Inst. quod cum eo,* ex contractu servi eum domino simul agi posse et de in rem verso et de peculio. Sed ut intelligatur nihil hic contrarium dici superioribus, nominatim in

cuit, sed eæ singulatim dari solitæ. Quæ confirmat Obrech. *de Concip. libell. C.* 23. Donellus autem noster hic complexionem eodem libello earum actionum negare solum videtur, quæ ad idem consequendum propositæ. Admittere autem in iis, quæ ad aliud consequendum, quas diversarum rerum vocat, etsi de eadem re sint, ut actio furti et condictio furtiva. Hot. *Ill. Q.* 29 variarum rerum nomine actiones simul edi posse scribit, per *L.* 11. *de jurisd. L.* 35. §. 1. *Locati.* Et P. Fab. ad *d. L.* 43. *de R. I. p.* 214. Pluribus, ait, actionibus idem cum eodem uno etiam judicio agere potest, per *d. L.* 11. Sed plures intelligit diversarum rerum alio sensu quam Donellus, quæ et de rebus aliis, ut in *L.* 29. *de O. et A.* Ræv. ad *d. L.* 43. §. 1. statuit omnes actiones ejusdem rei nomine concurrentes apud Prætorem uno contextu propositas et decretas fuisse. Sed ubi ad datum judicem lis translata, una electa, reliquas judicis officio omissas per *L.* 25. §. 5. *Loc. L.* 3. §. *ult. Naut. caup. stab.* quæ hoc non probant. Quid jure verius ex dictis supra constare potest? Cæterum non vacat regulas DD et doctrinam, quando cumulatio judicio eodem licita vel non, expendere. De iis consule Obrech. *de Concip. libell. Cap.* 23. *et seqq.* Petr. Frider. *lib.* 3. *de Continent. Causs. Cap.* 10. *et seqq.* Gilken. *ad leg.* 3. *Cod de edendo n.* 152. *et seqq.* Zang. *de Exc. P.* 2. *Cap.* 19 Steckhan. *Cent.* 1. *Quæst.* 66. Et hi fere totam materiam expendunt. Sparsim alii de cumulatione possessoriorum, petitorii item et possessorii, etc. Menoch. *Adip. poss. Remed.* 2. *n.* 12. *et n.* 105 *ac seqq. et Remed* 3. *n.* 160. *et Remed.* 4. *n.* 515. *et seqq. ac Retin. poss. Remed.* 3. *n.* 507. *et seqq.* Achil. Personal. *Tr. Interd. Quor. bon. n.* 460. *et seqq.* Coras. ad *L.* 12. §. 1. *de acq. poss. P.* 3. Rulant. *de Commissar. P.* 3. *Lib.* 4. *Cap.* 4. Myns. 1. *Observ.* 57. *ac seq.* Gail. 1. *Obs.* 63. Wurmser, *Titul.* 46. *Obs.* 6. Hartam. *Tit.* 45. *Obs.* 5. Meischsner. *Tomo* 3. *Decis. Cam.* 9. *n.* 14. *et seqq. et Tomo* 4. *Decis.* 2 *etc.*

(6) P. Fab. *ad L.* 43. *de Reg. I. pag.* 216. Quia, ait, non ea mente delatæ plures actiones, ut simul dictentur, sed ut liberior sit agendi facultas *L.* 76. §. *pen. de L.* 1.

(7) P. Fab. *ad d. L.* 43. *p.* 216. Hipp. a Collib. *ibidem p.* 177. et Obrecth. *de Concip. libel. Cap.* 23. *n.* 9. tunc solum proponi una duas actiones posse, cum actor probabili caussa compertum non habet utra actione utendum, ut si vel nesciat quo titulo reus possideat *d. L.* 1. §. 4. vel de viribus testamenti dubitetur, ubi duplex actio 1.° quasi testamentum jure non sit perfectum. 2.° quasi inofficiosum sit, *L. contra* 16. *C. de inof. test.* Sed Hot. *Ill. Q.* 29. *p.* 236. actionis verbum in *L.* 16. improprie sumi pro intentione, cum de injusto testamento nulla sit actio, sed incidens quæstio esse soleat in hereditate vel bonorum possessionis petitione *L.* 1. *Cod de ord. judic.*

eodem §. scriptum est, non duas hic actiones esse sed unam, qua de peculio deque eo quod in rem domini versum sit, agitur: eam tamen quæ duas habeat condemnationes: hoc in *d.* §. *præterea*, vers. *licet*, idque ita in principio ejus §. explicatur; unam videlicet hic actionem esse, qua ita agitur ut, si quid in rem domini versum fuerit, id totum præstare debeat: si quid non sit versum, id saltem catenus præstare debeat quatenus peculium patitur. Nos autem duas actiones de eadem re simul institui hic vetamus. Nihil igitur verius quam, cum plures actiones de eadem re concurrunt, nunquam pluribus simul experiri licere, ubi scilicet ad jus actoris una sufficit: atque hoc primum efficitur illis verbis superioris regulæ quibus ita definitur, ex his actionibus una tantum quem experiri debere.

VIII. Alterum continetur iisdem verbis, ut quemadmodum pluribus actionibus ejusdem rei nomine cuncurrentibus, simul pluribus quis experiri non potest: ita separatim si una egerit, non possit altera amplius experiri: ne si hoc illi concedatur, incipiat dici posse quem ex his actionibus experiri pluribus quam una: quod regula prohibet. Quid ergo tiet altera quæ prius jure competebat? Nempe hoc evenit, ut ea qua prius actum est alteram consumat, quæcumque competierit ejusdem rei nomine. In quo ne de priore illa sententia dubitetur, hæc posterior Pauli est diserte scripta in *L. qui servum*, §. 1. *de oblig.* et action. *Si is*, inquit, *cui rem commodavero eam surripuerit; tenebitur quidem et commodati actione et condictione* (agnoscis plures actiones de cadem re, seu ejusdem rei nomine), *sed altera actio alteram perimit aut ipso jure, aut per exceptionem: quod est tutius:* hoc ille. At unde tandem hæc consumptio posterioris actionis, si nihil fecit actor quo reum ista actione posteriure liberaret? et quodnam illud est, unde colligatur hæc liberatio? Hoc illud est videlicet, quod effectus cujusque judicii in re petita suggerit. Nam si reus priore actione absolutus est, nanciscitur exceptionem rei judicatæ, qua tutus hoc assequitur, ne possit iterum de eadem re conveniri, quantumvis conveniatur alia actione, *L.* 5. *D. de obl.* et *act.* Quod si prius reus victus est, satis esse debet adversus eum hæc condemnatio. Sive enim jam judicatum solvit, bona tides non patitur ut bis idem ab eo exigatur, *L. bona fides. D. de regul. jur.* sive nondum solvit, tamen hoc perinde habendum est; cum actione judicati id omnimodo facere cogatur, *L.* 4. §. 1. *D. de re jud.* Et valde stultum sit novam actionem quærere ad id obtinendum in quo jam executionem judicati habeas. Utrum aut m horum acciderit, semper eveniet quod dixi et scriptum est in *d. L. qui servum*, §. 1. *de oblig. et action.* ut prior actio in his posteriorem de eadem re competentem perimat.

IX. At hic videamus, ne alii loci huic sententiæ velut ex professo adversentur. Certe in *L. nunquam. D. de obligation. et action.* exstat hæc definitio Ulpiani contrariis plane verbis scripta: *nunquam actiones pœnales de eadem pecunia concurrentes alia ali m consumit.* Et ne forte hoc dictum putemus de pœnalibus tantum actionibus, cæterum ad rei persecutorias non pertinere de quibus agitur in *d. L. qui servum alienum*, 34. §. *si is cui rem*, 1. *D. de actionib. et oblig.* exstat inter regulas juris alia ejusdem Ulpiani definitio superiori non dissimilis, his verbis concepta; *nunquam actiones præsertim pœnales de eadem re concurrentes alia aliam consumit. L.* numquam, *D. de reg. jur.* quibus verbis omnes cum actiones de eadem re concurrentes etiam rei persecutorias complecti apparet. Hoc enim, præsertim pænales, valet maxime pœnales. Inepte autem diceret maxime pœnales tales esse, si solæ pœnales essent in hoc numero. Denique apparet dici hoc de pœnalibus per comparationem cæterarum; cujus comparationis hæc vis est, ut intelligamus omnes quidem actiones de eadem re concurrentes eodem isto jure haberi, sed inter omnes maxime eas quæ sunt pœnales; ut cum dicimus: in omnibus quidem, maxime tamen in jure, æquitas spectanda est. Eaque vis hujus verbi (8) *præsertim* satis indicatur cum alibi passim, tum in illa definitione *L. in ambiqua. D.* de legib. *In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio quæ vitio caret: præsertim cum etiam voluntas legis ex h c colligi possit.* Hoc enim significatur semper quidem eam interpretationem capiendam esse quæ vitio caret, sed maxime ideo quia vo-

(8) Hoc quidem recte. Quam vim voculæ *præsertim* et agnoscit P. Fab. *ad d. L.* 130 *p.* 556. Cujac. 8. *Obs.* 24. per hanc ipsam voculam huic regulæ solum locum esse in pœnalibus. Neque etiam in illis omnibus, sed iis tantum quæ ex pluribus factis. Quem notat Gibol. 1. *Disput.* 30. *p.* 166. *et seq.* Quæ autem vera regulæ sententia vid. *supra Not.* 4.

luntas legis ex eo colligi potest. Et sunt quidem istæ veterum superioribus in locis sententiæ in speciem ita repugnantes, ut videri possint contrariæ. Sed in verbis hæc repugnantia est: in re nulla. Proprie recte dicitur plures actiones de eadem re concurrentes, sive rei persecutoriæ sint sive pœnæ, nunquam unam alteram consumere. Nunquam enim una per se aut natura sua aliam consumit. Alioqui dicendum esset, simulatque plures propositæ essent de eadem re, continuo ab ipsa origine aut unam solam manere, cæteris per hanc sublatis, aut, quod est absurdius, omnes tolli, quia mutuo concursu sese perimerent. Nunc autem constitutæ, ab initio omnes manent, estque in potestate actoris eligere quam velit, eamque prius exercere, *d. L. qui servum*, in pr. *de obl. et act.* Quinetiam etsi quis hactenus unam elegerit, ut agendo litem contestaretur dumtaxat; tamen ne litis quidem contestatione secuta una aliam consumet; sed erit in potestate actoris, hac omissa ante rem judicatam, ad aliam transire. Si quis, exempli gratia, cum duas has actiones de re haberet, commodati, et condictionem furtivam, condictione furtiva egerit et litem sit contestatus; si animadvertat se facile furtum probare non posse aut se dominum esse, quæ duo in hac condictione actori probanda sunt, *L. 1. de cond. furt.* potest ex pœnitentia repudiare condictionem institutam, et transire ad actionem commodati in qua facile probare possit commodatum, nec necesse habeat docere se esse dominum, *L. commodare, L. ita, D. com.* Sic enim licet editam actionem non solum emendare, sed etiam mutare, ut est in *L. edita, C. de eden.* idque et ante et post litem contestatam, dum ante rem judicatam, ut illic docuimus. Neque hic excipimus ullam actionem. Nam quod in *L. quod in herede.* §. 1. *D. de trib.* scriptum est, eum qui ex contractu servi agere cum domino potest vel tributaria vel de peculio, eligere debere qua actione experiatur, *cum sciat sibi regressum ad aliam non futurum:* electionem illic accipere debemus quæ sit cum effectu, idest qua actio in judicium deducta sit et ad exitum judicii perducta. Nam et Paulus in *d. L. qui servum*, in pr. *de obl. et act.* in eo cui ob servum ejus contumeliose verberatum quæsita sunt duæ hæ actiones, legis Aquiliæ et injuriarum, ait una electa, alteram in qua non sit amplius, consumi: ubi tamen ipse electam interpretatur, de qua judicium peractum est, atque adeo reus condemnatus. Reddit enim hanc rationem, quoniam desiit bonum et æquum esse condemnari eum qui æstimationem præstitit. Sed et Ulpianus in *d. L. quod in herede*, §. 1. declarat se hoc ipsum sentire, cum ita subjicit: *plane si quis velit ex alia caussa tributoria agere, ex alia de peculio, audiendus erit:* hoc enim dicit, quanvis quis ex una caussa egerit tributoria et minus consecutus sit quam vellet aut sperarat, non tamen prohiberi eum ex alia caussa agere de peculio. Hactenus ergo vere dici apparet, nunquam plures actiones de eadem re concurrentes unam aliam consumere. Nihil contrarium dicit Paulus in *d. L. qui servum.* §. 1. cum de actione commodati et condictione furtiva commodatori domino parta scribit alteram actionem per alteram perimi. Hoc enim sic intelligit, si modo altera actione commodatur prius egerit, et judicium peregerit. Nam et idem, ut paulo ante attigi, initio ejus capitis dixerat altera electa alteram consumi: atque hanc ipsam electionem velut interpretans ostenderat se eam actionem intelligere qua judicio actum esset, quaque adeo reus condemnatus æstimationem litis præstitisset. Adjecerat præterea licere actori quam vellet actionem ex pluribus non eligere, sed exercere, et si quid amplius esset in altera, etiam hoc exequi: significans si nihil esset amplius, tum actorem ex priore consecutum quod peteret, eo contentum esse debere. Verissima hæc (9) sententia est, cum ex pluribus actionibus de eadem re concurrentibus actor una egit et res judicio finita est, continuo alteram actionem de eadem re consumi. Neque ideo sententia superioribus illis definitionibus contraria, qua unam actionem per alteram unquam consumi negant. Nam si proprie loqui volumus, cum una actione prius actum est, si ob id perimitur altera actio, non tam hic prior actio dicenda est alteram consumere, quam rei cum quo actum est victoria, aut hujus ipsius condemnatio. Victoria, propter exceptionem rei judicatæ, quam consequitur absolutus. Hujus condemnatio, quia præstat condemnatus litis æstimationem: quæ præstatio facit, ne idem amplius ab eo possit exigi.

X. Hoc modo una actio, per quam quis consecutus sit quod petebat, aliam de eadem re competentem perimit, *aut ipso jure*, inquit Paulus, *aut per exceptionem*: et addit hoc posterius se putare tutius, *d. L. qui servum*, §. 1. *de obl. et act.* quod quid sit, pluribus exposuimus suo loco ad §. *actionum autem*, *Inst. de act.* et ad *L. 5. D. de pact.* Sed tamen

(9) De bisce omnibus quod babendum satis tractavi *supra Not.* 4. ubi vide.

nihilominus verum est posteriorem vere interdum perimi ipso jure, interdum solum per exceptionem. (10) Perimitur ipso jure, cum actio posterior est bonæ fidei; perimitur per exceptionem, cum posterior actio est stricti juris. Idque ita declaratur in *L. si is cui* 71. in pr. *D. de furt.* his verbis: *Si is*, inquit Javolenus, *cui commodata res est, furtum ipsius admisit, agi cum eo et furti* (idest condictione furtiva, de quo paulo post) *et commodati potest: et si furti actum est, commodati actio extinguitur: si commodati, actioni furti exceptio objicitur.* Commodati actionem extingui ait: quo significatur ita tolli ut nulla supersit, proinde et perimi ipso jure. Cur ergo hanc ipso jure perimi vult; condictionem furtivam per exceptionem, ut hanc a reo necesse sit initio objiri et contestari? Nempe quia commodati actio est bonæ fidei, §. *actionum autem, Inst. de actio.* condictio autem furtiva stricti juris; quod intelligitur ex eo, quod non numeratur inter bonæ fidei actiones, *d.* §. *actionum.* At cur tollitur illa potius ipso jure quam hæc? Differentiæ ratio indicatur in *L.* 3. circa fin. *D. de resc. vend.* quia scilicet exceptiones in bonæ fidei judiciis initio caussæ nihilominus vi et potestate ipsius judicii insunt, ut quandocunque ante rem judicatam allegatæ et probatæ sint, reum condemnatione eximant. Strictis autem judiciis non insunt aliter, quam si nominatim initio contestatæ sint, atque hoc modo in judicium deductæ: locus a me pluribus expositus ad *d.* §. *actionum autem, Inst. de act.* Consequitur autem hanc consumptionem per exceptionem reus, non solum in posteriore actione qua iterum cum eo de eadem re agitur, sed etiam in priore; dum in ea qua alioqui recte agitur, negat se soluturum quod inde petitur, nisi reliquæ actiones de eadem re competentes ab actore remittantur. Quod cum reus postulat, placet actorem cavere oportere se aliis actionibus non usurum; aut si malit actor aliis potius tanquam pleniuribus experiri (cujus rei fit illi potestas) placet (11) reum priore actione absolvendum. *L. unde.* 7. in fi. *D. com. L. non solum,* 10. in fi. *et L. seq. D. de rei vind.*

XI. Postquam pluribus actionibus circa eandem rem concurrentibus, in quæstione de his exercendis hæc juris distinctio est ut, si diversarum rerum actiones sint, liceat experiri omnibus; si unius rei, non liceat nisi una; et quam significationem utrumque habeat tenemus: restat alterum quod distinctio exigit et de quo antea proposuimus, ut quæramus quæ sint diversarum rerum, quæ unius rei actiones; videamusque ecquid per omnes horum generum species sententiæ superiores congruant: tanto diligentius utrumque cognoscendum, quod de eo non paucæ sunt et hæ justæ dubitationes. Id autem ex hac divisione facile assequemur. Quoties plures actiones circa eandem rem concurrunt, aut omnes rei persecutionem continent, aut

(10) Ita et Cujac. *ad L.* 130. *de R. I. pag.* 316. P. Fab. *ibid. pag.* 551. Vinc. Cabot. 1. *Disput. ult. pag.* 166. et Obrech. *de Concip. libell. Cap.* 22. *num* 14. ipso jure si prius condictio, actio stricta, per exceptionem, si commodati actio prius intentata *d. L.* 71. *pr.* Sed additur in *d.* § 1. quod est totius. Ita enim Pandectæ Florentinæ habent. In vulgata legitur *tutius* Quæ passim probatur nulla fere variantis lectionis mentione. Quasi sensus: Etsi bonæ fidei judicio exceptio insit, magis tamen sibi consulit reus si eam initio opponat, *Donellus infra Lib.* 24. *Cap* 2. *sub. fin.* Obrech. *d Cap.* 22. *n* 15. Forner. 3. *Rer. quo id.* 11. Quia crebra alias literarum *o.* et *u.* commutatio, sicut epistola, suboles etc. *totius* hic pro *tutius* irrepsisse. Tueri Florentinam licet hoc modo: *Peremit altera*, id est commodati, *alteram*, id est condictionem, aut *ipso jure*, si integrum consequutus actor, nec condictio uberior, *aut per exceptionem*, ubi aliquid amplius in condictione (exinde forte, quia æstimatio in ea fit ex tempore quo res unquam plurimi *l.* 8. §. 1. *de condict. fur.*) *quod est* scilicet actio hæc posterior *totius*, id est, si nulla mentione ejus, quod priori judicio jam adeptus actor, posteriore totum petat. Quæ exceptio doli mali est, *L.* 28. *de act. em. per L.* 57. *de R. I.* junct. *L.* 1. *de doli except.* Sic et vice versa. Si condictione prius expertus, et rem vel rei æstimationem consecutus commodati agat, itidem distinguitur. Si solidum illa consecutus, ipso jure actio commodati non tenet, solutione exstincta. Quod si quid amplius intersit commodatarii præter æstimationem rei, commodati superest, arg. *l.* 47. *pr. Pro soc.* et quidem tota, per *l.* 27. *de sol.* sed si eas solidum exigere velit, exceptione doli arcetur. Sane prior ista expositio facile convellitur. Neque enim rite accommodatur regula Bonæ fidei judiciis exceptiones insunt. Cum vera solutione, modo integre facta id est præstatione ejus totius quod debetur, undecunque obtigerit, quævis obligatio, etiam quæ ex stricti juris contractu, tollatur *supra Lib.* 16. *C.* 12. Fac. *L.* 18. § *ult. de const. pec.*

(11) Et ita, actione reali ante instituta et de ea judicio accepto, transire licet ad actionem L. Aquiliæ. Neque enim alias absolvi reus ab altera posset, nisi ea prius impetitus. Unde opinio Hortlederi convellitur, ut *infra N.* 16. Atque hæc mutatio licita in quibusvis concurrentibus actionibus, contra in iis quæ disjunctim competunt, ut supra N. 4.

una rei persecutionem, altera solum pœnæ; aut ita una persecutionem rei, ut altera mixtà sit tam ejusdem rei, quam pœnæ persecutoria; aut omnes sunt pœnales, sive sint pœnales solum, sive mixtæ, id est ita comparatæ, ut cum rei persecutione pœnam conjunctam habeant.

XII. Si omnes rei persecutionem continent, sunt (12) ejusdem rei actiones. Nam rei persecutionem continere dicuntur, quibus persequimur id quod nobis abest, *L. in honorariis, D. de obl. et act.* hoc autem in omnibus actionibus de eo competentibus unum idemque est. Hujusmodi actiones sunt exempli gratia, commodati, locative, et condictio furtiva, interdum et adversus confitentem legis Aquiliæ actio; si hæ actiones ejusdem rei nomine et ex eodem facto concurrant, quod his caussis accidit. Cui res commodata erat, eam subripuit: tenetur rei nomine et condictione furtiva. Et colonus si quid subtraxit ex fundo, tenetur eodem nomine et actione locati, et eadem ista condictione. Qui si rem commodatam locatamve fregerint, ruperint injuria; tenebuntur ille commodati, hic locati, et conjunctim ambo lege Aquilia: quæ actio et ipsa interdum ejusdem rei persecutionem continet, puta si adversus confitentem agatur: et res rupta sit quæ prius integra fuerat. Sic et socius si damnum in re communi dederit, damni nomine et Aquilia tenetur, et nihiluminus pro socio. Idcirco et in his caussis legimus pariter responsum id quod generali regula supra complexi sumus; cum videlicet, cujus res fuit, plus una experiri non posse, et quod idem valet, una contentum esse debere; una alteram consumi: usque adeo ut consequi possit reus priore judicio, ut altera actio sibi remittatur: quæ si remissa non erit conventione, tamen ipsa sua sponte perimatur, saltem per exceptionem: hæc in *L. qui servum, §. 1. D. de obligation. et action. L. sed si ex caussa*, 47. et 3. seqq. *D. pro soc.*

XIII. Hic nobis exeipiendæ sunt in socio qui rem communem intervertit, actio pro socio, et condictio furtiva. Harum utraque tenetur socius qui furtum fecit. Sed et utramque cum persequatur rem quæ abest, rei persecutoriam esse constat, *§. sequens, Inst. de actio.* Etiam utraque ut plurimum idem continet: quod cum fit, etiam ad regulam superiorem ambæ pertinent, ut sive pro socio actum sit, cesset condictio furtiva: sive condictum ex caussa furtiva, cesset pro socio actio. ut est in *d. L. sed si ex caussa*, 47. *pro soc.* Sed interdum plus continet actio pro socio. Nam in condictionem furtivam solum venit res furtiva aut ejus æstimatio, *L. in re, D. de cond. furt.* Actio pro socio non rem ablatam solum persequitur, sed etiam quanti socii interest eam ablatam non esse; quod interdum longe egreditur ipsius rei æstimationem. Id cum accidit, non possumus uti regula superiore, ut dicamus socium hic plus una istarum experiri non posse, cum aperte non concurrant plures istæ actiones ejusdem rei nomine. Et ideo in (13) *d. L. sed si ex caussa* recte adjectum est, post condictionem furtivam qua socius egerit, non cessare pro socio actionem, si pluris ejus intersit; dum hoc facto scilicet socius societatem læsit: quod ipsum ita explicatur continenter in *L. si hoc facto*, 49: si exempli gratia negotiatorem servum vulneravit, vel occidit; quo facto negotiatio conquiesceret, et lucrum societatis intercluderetur. Quid ergo tum fiet? nempe post condictionem furtivam superevit etiamnum socio actio pro socio, non qua idem quod prius, sed quod amplius ejus interest consequatur. Nam prius et regula superior et bonæ fidei ratio prohibent, *L. nemo ex his, § 1. L. bona fides, D. de regul. jur.* posterius priori illi regulæ consequens est, quæ diversarum rerum actiones simul admittit: de quo amplius in tertia et quarta specie propositarum actionum dicetur.

XIV. Quod si ex pluribus actionibus circa eandem rem concurrentibus una erit rei persecutoria, altera solum pœnæ: perspicuum est hic actiones proponi diversarum rerum,

(12) At ex iis quæ *supra N.* 4. constat plures de eadem re actiones rei persecutorias ad diversa competere. Conspicuum id in rei vindicatione et actione ad exhibendum. Propius verum accedunt, qui tunc misceri et inter se confundi plures rei persecutorias, cum ex eadem omnes caussa, ut eodem contractu vel delicto admisso in re de qua contractum qua sive contractum est, ut si colonus e fundo quid subtraxerit, si quis vestem commodatam sciderit. Secus si ex pluribus caussis ad idem cum petant, sive similes eæ, ut *L.* 10. *de act. em.* sive dissimiles ut *L.* 18. *de O. et A.* Ubi una peracta, altera superest, sive priori victus actor, *L.* 93. §. 1. *de L.* 3. *L.* 28. §. *ult. de lib. leg.* sive vicerit *d. L.* 10. *d. L.* 18. Hut. *Ill.* Q. 29. P. Fab. *ad L.* 43. *d. R. I. p.* 217. *et ad L.* 130. *eod. p.* 551. Obrech. *de Concip. libel. Cap.* 22. *n.* 17. *et seqq.*

(13) Add. *L.* 43. *eod. L.* 28. *de act. em.* Unde apparet posse persecutoriam aliam plus altera continere. Neque hoc peculiare actioni Pro socio, sed ex quovis contractu quandoque plenior actio ipsius contractus quam quæ ex delicto circa eum admisso, vide Obrech. *d. C.* 22. *n.* 12. et 16.

quales ex furto nasci diximus, actionem furti, et condictionem furtivam: illa pœnæ solius furti, hanc rei furtivæ extrinsecus persequendæ caussa comparatam, §. *ult. Inst. de obl. et act.* Ideo et has quoque in tam diversarum rerum persecutione in ea caussa esse diximus, ut neutra alteram tollat, consumat: neutra denique alteri obstet quominus, cum una egerimus, liceat etiam altera experiri (14) *L. si pro fure*, §. 1. *D. de cond. fur. L. rei communis*, 45. *L. si actione*, 50. *D. pro soc.*

XV. Quæ sententia etsi per se verissima est et certa ratione juris efficitur, ut in parte superioris distinctionis priore ostendimus: tamen eam dubiam fecit *L. si is cui*, 71. in pr. *D. de furt.* ubi Javolenus si proprie locutus est, plane contrarium scripsit. Sic enim verba sunt, *si is cui commodata res erat, furtum ipsius admisit, agi cum eo et furti, et commodati potest. Et si furti actum est, commodati actio exstinguitur: si commodati, actioni furti exceptio objicitur.* Hic, inquam, si actionem furti accipimus quæ in usu juris perpetuo ita nominatur, id est actionem pœnalem furti (sic enim hæc nominatur ubique, et hoc verbo a condictione furtiva distinguitur *d.* §. *ult. Inst. de obl. quæ ex del. d. L. si pro fure*, §. 1. *de cond. furt.*) aperte id dicitur quod sit superioribus locis contrarium, eum harum actionum altera dicatur alteram perimi. Sed res facit ut hic improprietatem verbi agnoscere et admittere debeamus, et furti actionem quam Javolenus nominat, interpretari (15) non furti pœnalem quæ proprie et specialiter ita dicitur; sed actionem ex caussa furti competentem, neque eam quamlibet, sed similem actioni commodati, id est de re eadem. Hanc interpretationem duo suadent: primum vitium sententiæ: deinde harum duarum actionum comparatio. Cum in ambigua voce legis aliquid vitii in alterutram partem metuitur, ita præcipitur eam significationem accipiendam esse quæ vitio caret: quasi sit hoc ex voluntate et sententia sive legis, sive scriptoris. *L. in ambigua*, *D. de leg.* Nihil est autem vitiosius, quam dici furti actionem pœnalem per actionem commodati consumi, aut hanc per illam alteram: cum hæ actiones sint maxime diversarum rerum, et absurdum sit dici eum qui res duas debeat, cum unam solverit, alterius quam non solvit præstatione liberari. Tum autem Javolenus duas hic actiones conjungit et ita comparat inter se, ut singulas in consumenda altera pares faciat. Imperite omnino, nisi conjungit et comparat tanquam similes. Nihil autem minus quam similes sunt, nisi intelligit actiones ejusdem rei persecutorias. Sane a significatione verborum facile recedi non oportet. Sed tamen et hoc ipsum fieri non conceditur solum, sed etiam jubetur, cum manifestum est aliud sensisse scriptorem, *L. non aliter, D. de leg.* 3. Javolenum autem id sensisse quod dixi, satis ex eo colligi putandum est, quod contraria sententia tam manifesto vitio laboret. Certe hinc præcipue colligi voluntatem legis diserte scriptum est in *d. L. in ambigua, D. de legib.*

XVI. Mixtam ex superioribus speciebus duabus naturam habet tertia species earum, quarum una est rei persecutoria, altera in eamdem rem concurrens pœnalis mixta, idest ejusdem rei persecutionem continens, et hoc amplius nonnihil pœnæ adjunctum habens. Nam quæ hujusmodi actiones sunt, aperte partim ejusdem rei sunt actiones, partim diversarum. Ejusdem rei, quatenus rei persecutionem continent, quæ res in utraque eadem est. Diversarum in eo quod amplius est in alterius pœna. Quapropter supra scriptis regulis propositæ distinctionis probandum est, quatenus his rem presequimur, una alteram consumi, ne bis idem consequamur: quod autem amplius est in altera pœnæ nomine, id altera agendo consequi nos posse. Quod et ipsum placuit, quibuscumque in caussis hujusmodi actiones concurrunt. Exemplo sunt actiones hæ, si concurrant, actio ex contractu de re aliqua aut vindicatio, et actio legis Aquiliæ de damno in ea re

(14) Add. *L.* 42. *Locati. L.* 2. §. 1. *de tut. et rat. dist.* Fac. *L.* 14. §. 1. *de præs. verb.* Et has actiones omnes recte exerceri convenit. Hot. *Ill. Quæst.* 29. *p.* 238. Cujac. *ad leg.* 130. *de R. I.* et 8. *Obs.* 24. Cabott. 1. *Disput. ult. p.* 167. *in fin.* Obrech. *de Libell. Cap.* 22. *n.* 36. si scilicet eidem in eundem competant. Nam si persequutoria in unum, pœnalis in aliam, electa et peracta una, quandoque tollitur altera, ut *L.* 3. §. *ult. leg.* 6. §. *ult. Nautæ caup. stab. leg.* 1. *Cod. Mand.* Cujac. *d. C.* 24. P. Fab. ad *L.* 130. *de R. I. p.* 551. qui casus singulares esse scribit, cum tamen potius non sint de genere regulæ. Plane Obrech. *d. C.* 22. *n.* 15. condictionem furtivam accipit, in *d. L.* 3. §. *ult.* non pœnalem.

(15) Ita magno consensu Cujac. 17 *Obs.* 12. *et ad L.* 130. *d. R. I.* P. Fab. *ibidem p.* 551. Hot. *Ill Quæst.* 29. *p* 238. Obrech. *d. Cap.* 22. *n.* 15. Pac. 4. *Enant. Quæst.* 99. Nam et ita in *leg.* 9. *de in lit. jur.* Ac furti actio genus est, cujus duæ species, una ad rem, altera ad pœnam *L*, 14. § 16. *de furt.* Cujac. *d. Cap.* 12.

dato. Incidunt autem una in caussis hujusmodi. Finge eum cui commodata res erat aut locata, eam rem rupisse injuria · socium idem fecisse in re ad societatem pertinente, aut adeo possessorem in re aliena quam possidebat. Hic reus eodem tempore tenetur aut commodati aut locati, aut pro socio, aut vindicatione, quarum actionum unaquæque rei persecutionem continet; tenetur simul et actione legis Aquiliæ de damno dato. Et hæc ipsa eandem habet persecutionem rei, *L. ait, D. ad leg. Aq. L. qui servum, §. ult. D. de obligati. et actionib. L. sed si*, 47. juncta *L. si actione*, 50. *D. pro soc.* Sed habet eo amplius hanc pœnam etiam adversus confitentem, quod qui damnum dedit, præstare debet quanto pluris ea res fuit in triginta diebus proximis; ut si eo tempore quandoque valuerit viginti amplius quam tunc cum damnum datum est, ad æstimationem rei etiam hæc summa accedere debeat, ut declaratur in §. *capite tertio*, et §. *his autem. Inst. de leg. Aq.* Quid ergo de his actionibus in istis caussis a veteribus traditum legimus? Magno consensu id quod supra diximus, actorem, quod ad rei persecutionem attinet, una ex his contentum esse debere, nec posse simul eandem rem consequi omnibus: si quid autem in altera amplius est, ut in actione legis Aquiliæ, Id etiam eum Aquilia agendo consequi posse: sententia tradita his locis, *L. unde*, in fin. *D. eom. L. sed. si ex caussa*, 47. *L. si actione*, 50. *D. pro soc. L. non solum*, 10. *D. de rei vindicat.*

XVII. Sed incidit hæc species in difficultatem circa actionem commodati et legis Aquiliæ ex repugnantia duorum locorum, nempe *d. L. qui servum.* in fin. *D. de obligat. et action.* et *d. L. unde*, 7. *D. commod.* Paulus in *L. qui servum*, in fin. tractans de eo qui vestimenta sibi commodata rupit, quem ait eo nomine et commodati et lege Aquilia teneri, eum dixisset in his actionibus post legis Aquiliæ actionem utique commodati finiri, quærit an post commodati actionem remaneat Aquiliæ in eo quod in repetitione triginta dierum amplius est. Et, ut est lectio Pandectarum Florentinarum, respondet verius esse remanere. Quæ si vera esset lectio, non hæsitaremus. His enim verbis exprimitur eadem illa sententia quam supra constituimus, quamque tot locis confirmatam videmus. Sed aperte lectio mendosa est, et ratione a Paulo subjecta non obscure refellitur. Subjicit enim Paulus: *quia simplo accedit, et simplo subducto locum non habet.* Actionem legis Aquiliæ, in eo quod amplius est in repetitione triginta dierum, locum non habere, et eandem actionem in eo non remanere, plane eadem sunt. Aperte igitur Paulus his posterioribus verbis declarat prius se hoc respondisse, actionem legis Aquiliæ, in eo quod amplius est in repetitione dierum triginta, non remanere. Sed et sententia ac vis rationis illius evidenter hoc efficit. Nam argumentum Pauli tale est. Cum principalis caussa non consistit, nec ea locum habent quæ accessionis vicem obtinent, *L. 2. D. de pecul. leg. L. cum principalis, D. de reg. jur.* Atqui res rupta ejusve æstimatio res est principalis quæ in actione commodati et legis Aquiliæ versatur; hujus autem rei accessio est æstimatio quæ amplius fuit in triginta diebus proximis. Quaproter, æstimatione subducta, quod factum est cum ea præstita est judicio priore commodati, accessio triginta dierum ex actione legis Aquiliæ locum habere non potest. Sic igitur sine dubio respondit Paulus, et ita legendum est; *sed verius est* ( in eo de quo quæsitum est, id est in eo quod amplius est in repetitione triginta dierum ) legis Aquiliæ actionem (16) *non remanere*, ut et in aliis

(16) De quo et testatur Ant. Augustin. 1. *Emend.* 3. *p.* 29. *in fin.* Et ita legendum esse ex sententia trabali quæ certo certior sit, scribit Horteus. ad §. *sequens*, 16. *I. de act.* Sed et Bart. ad *d. L.* 7. §. 1. *Comm. n.* 13. affirmativam lectionem non esse bonam scribit, nec communem. Patere id ex antiquis libris quos ad hoc perscrutatus sit. Quin ipse quæ pluribus manuscriptis, diversis locis et Bibliothecis publicis, lectionem negantem *non remanere*, et pluries quam affirmantem reperi. Quam probarem utique si nec Donelli expositionem prædurum, et quæ vim verbis faciens, negativæ lectioni sententiam affirmantem accommodat. Quid enim? an non tanto magis verum est *remanere*, si tota ipso jure remanet; annon in eo quod plus est, minus; in toto partes continentur? statuerem; nec Florentini Codicis auctoritas omni aliorum manuscriptorum quorumvis potior et antiquior esset . nec denique ipsa juris viva ratio lectionem et sententiam affirmantem exigeret. Eam sane Cujac. 3. *Obs.* 25. 15. *Obs.* 23. 1. *notur. Mercat.* 29. *et ad leg.* 130. *de R. I.* P. Fab. *ibidem pag.* 552. Hott. *Ill. Quæst.* 20. *sub. fin.* et 8. *Obs.* 19. Balduin. *de L. Aquil. pag.* 241 Cabot. 1. *Disput. ultim p.* 167. Pac. 4. *Enant. Quæst.* 43. et Obrech. *de Cuncip. liball. C.* 22. *n.* 37. (licet in hujus bibliotheca satis locuplete duos quoque manuscriptos lectionem negativam *non remanere* exhibere viderim) tuentur: sed ita ut , et altero articulo abnutivo in extremis verbis, quem omnes tamen codices exhibent dempto, legant *locum habent*. Pro Florentina scriptura pariterque affirma-

exemplaribus legitur: eamque variationem lectionis et suo tempore fuisse Accursius indicat. Hic vero contrarium scripsit Ulpianus in *L.* *unde*, 7. in fi. *D. commod.*

tiva priori et negativa posteriore pugnat Rob. 2. *Rec. Lect.* 25. *et* 1. *Animadv.* 29. *ac* 1. *notar. ad Mercat.* 29, cujus quis sensus idoneus post dicetur. Prius expendamus nunquid rationi juris conveniat, peracto judicio mere persecutorio, pœnale mixtum superesse, quo quod in eo amplius est actor exsequatur. Id magno aliorum consensu receptum veraque juris ratione suffultum, post Pauli Castrensis levem quasi velitationem, certamine duriori impugnare aggressus haud dudum Vir Cl. Illustriss. Duc. Sax. Vinarieus. studiorum moderator politissimus Frideric. Hortlederus *Libello de Concursu act. realis meræ et pœnalis mixtæ.* Videbimus an et hujus tela arcere et arcem nostram novis præsidiis munire queamus. Verum ordine procedemus: Ac primo partes illius ita sumemus, ne et nos quisquam cavillatos, aut ille Vir doctissimus caussæ suæ nos prævaricatos jure meritove conqueri possit. In hanc igitur ille sententiam. Etsi increverit passim, intentato prius judicio persecutorio ex. gr. Commodati, pœnali mista ex. gr. Aquiliæ, ad residuum experiri licere; ei tamen opinioni clarissima IC. testimonia refragari. Dum in hisce speciebus dicitur actorem contentum esse debere una actione, *L.* 9. *arb. furt. cæs.* alterutra, *L.* 18. *ad L. Aquil. L.* 45. *Loc.* altera, *L.* 50. *Pro soc.* Si qua earum actum, alias tolli, *L.* 18 §. 1. *Commod.*, si uno judicio res judicata, amplius non agendum, *L.* 27. §. 11. *ad L. Aquil.* Et ratio in *d. L.* 50. quia actio etiam mixta ad rei persecutionem respicit, non ut pœnalis mera, ad pœnam duntaxat. Hæc *C.* 2. Neque aliter statui debere; eo quod judicis officio, in persequutorio judicio bonæ fidei, aut arbitrario, ejus quoque superflui quod in mixta, ex. gr. Aquiliæ, amplius est, ratio habeatur; neque alias reum condemnet judex quam si ei actor potestatem æstimandi subducendique damni dederit, et L. Aquiliæ actionem remiserit: *hæc C.* 4. Constare id 1.° *ex L.* 13. *de R. V.* ubi dicitur ratio per judicem haberi, si res deterior facta. Quare damnum, ait, æstimatur et subducitur in ipsa rei vindicatione. Ad quid igitur deinde Aquilia? Quin ex verbis *d. L.* 13. pariter necessitatem in æstimandi damni inferri per v. *debent* et remittendæ actionis L. Aquiliæ, cum nisi ea remissa, æstimari nequeat, vers. *unde quæritur.* Modumque remittendæ actionis subdit: cavere oportet lege Aquilia non usurum. Qui suppletur *L. seq.* 14. *Si malit potius* (quam scilicet cavere, et judici potestatem subducendi damni facere) *L. Aquiliæ actione uti, absolvendus possessor*, non autem condemnandus ad restitutionem rei. Illis autem verbis *d. L.* 13. *quanquam et legis Aquiliæ etc.* removeri hic actionem L. Aquiliæ. Quasi dicat initio quidem hanc potuisse intentari. Ast ubi res vindicari cœpta, damni quoque et ejus quod in actionem L. Aquiliæ venit, rationem haberi, proinde hanc cessare. 2.° per *L.* 36. §. 2. *de pet. hered.* ibi: *ut caveat etc.* 3.° *per L.* 43. *Locati*, *L.* 25. § 2. *eod.* Utrobique enim dicitur *judicis officio contineri*, ut una actione contentus sit, cæteras omittat. 4.° *in d. L.* 36. §. 2. in petitionem hereditatis venit, si servus hereditarius occisus. 5.° *d. L.* 50. *Pro soc.* si socius *damnum dederit* actione Pro socio *consequi* actorem, ut altera actione contentus sit: Hæc *Cap.* 4 Sed nec aliud ex ipsa *L.* 7. §. 1. *Commod.* probari, 1.° quia cedi debet actio legis Aquiliæ, statim atque alter socii vice damnum præstitit; 2.° quia dicitur *damnum*, quod alias L. Aquiliæ actio persequitur, *sarciri* actione commodati, scilicet judicis officio. 3.° Subditur: ut remittatur actio L. Aquiliæ esse *æquissimum*, id est utilissimum. Nimirum quod et actori id expediat, ne duplicatis sumptibus petere cogatur, et reo ne vexetur pluribus judiciis. Cum primis in judiciis bonæ fidei et arbitrariis: ubi et natura actionis hoc indulgeat, quia judex non ita meræ actioni adstrictus, *L.* 14. §. 13. *de relig.* et voluntas ac concessio actoris *d. L.* 13. *de R. V.* Hæc *Cap.* 5. Tandem non obsistere *vers. ultim. d. L.* 7. §. 1., quippe cum verbis talibus *nisi quis dixerit* sæpe non exceptio contineatur, aut confuse antea dicta declarentur et restringantur: Sed illis frequens sit objici aliquid et reprobari, usu tum nostrorum *L.* 7. §. 8. *de dolo L.* 9. *de serv. corr. L.* 37. *de R. V. L.* 15 §. 9. *de re jud. L.* 15. *de præsc. verb. L. ultim. de eo quod cert. loc. Leg.* 7. §. *ultim. de supell. leg.*, tum aliorum auctorum, Cic. 1. *offic.* Liv. *Lib.* 5. Seneca 1. *de Benef.* 4. *et Epistol.* 88. Minut. Felix *in Octav.* et alii de quibus Cujac. 2. *Observat.* 25. Val. Guilielm. Forster. 1. *Observat. Succis. ultim.* Idem hic fieri: Hæc *Cap.* 6. Neque verbis extremis: *quod videtur habere rationem*, hanc convelli expositionem. Nam si vulgato sensu *ratio* sumeretur pro dicti confirmatione: cum priora ipsius *L.* 7. §. 1. et alia ex aliis legibus ducta argumenta convincant rationi hoc quod est in *d.* vers. *nisi forte quis*, non convenire: dicendum fore *videri* hanc *rationem* non esse. Neque *rationem* dici absolute deberi; sed apparentem, non veram, sicuti in simili falsum tutorem, modum iniquum usurpamus *L.* 221. *de V. S.* Cæterum magis esse ut eo sensu non accipiatur, sed *ratio* ibi significetur juris generalis communis, regulæve juris communis ordinariæ in forma et in uno rigore perseverantis; tenor rationis, ut *L.* 14. *et* 2. *seqq. de LL.* Commune scilicet præceptum. Quod ubi non satis late patet, protrahitur ad similia, *L.* 10 *et seqq. de LL.* Ubi vero latius, præter finem juris ultimum et supremam legem quæ est utilitas, excurrit, æquitate corrigitur et temperatur. Quomodo ratio opponitur æquitati, utilitati, benignitati, *L.* 1. §. 3. *si pars. her. pet. L.* 3. *ultim. et L.* 4. *de in rem verso L.* 43. *de relig. sumpt. fun. leg.* 51. §. *ultim. ad L. Aquil. L.* 11. *de serv. rust. præd. L.* 7.

Nam de hac ipsa specie loquens: etsi, ait, adversus reum habuit Aquiliæ actionem commodator, æquissimum est ut commodati agendo remittat actionem. Quid tamen

§. 5. *de acq. do.* *L.* 22. §. 3. *Mand.* *L.* 8. *Col. de judic.* §. in: *l. Mandat.* Et jus ob utilitatem receptum opponitur rationi, *L.* 16. *de LL.* Nam et *d. L.* 7. §. 1. opponi rationi, id est, regulæ vulgari (quæ ubi diversæ actiones ad diversa, utrum malit actor intentare prius potest, deinde quod amplius in alia est, exequi *L.* 34. *pr. de O. et A.*) *æquissimum.* Quæ æquitas efficiat ut illud superfluum actoris pariter reique commodo in ipso commodati judicio per judicem subducatur. Hæc *Cap.* 7. Ex hisce denique infert in *d. L.* 34. §. 1. *de O. et A.* Florentinæ lectionis affirmativæ vitiosam esse sententiam. Maxime cum eam et præcedentes repudient, in vers. *et hoc in legis*, quæ arguant perinde Aquiliæ et Commodati misceri, uti locati et condictio furtiva: cui et illa: *utræque enim actiones* suffragari apparent ex junct. *L.* 50. *Pro soc.* et ratio subjecta *quia simplo accedit, etc.* Quare cum in aliam mutanda sit scriptura; aut negatione inserta ex fide manuscriptorum legendum *non remanere*; aut citra eam leviori mutatione *removeri.* Et hoc magis probat, quod et lenior correctio sit et sensui accommodatior. Eum autem hunc putat. Etsi post Commodati, Aquiliæ ipso jure remaneat, quia stricto judicio exceptio non inest; tamen *verius est removeri* eam exceptione rei judicatæ, *quia* id quod amplius est in Aquiliæ *simplo accedit* per officium judicis in commodati judicio, *et simplo subducto* una cum accessione, *locum non habet* actio legis Aquiliæ. Postremo non obstare contendit quod 30. dierum accessio in judicium commodati non veniat. Nam resp. etsi non in formulam commodati veniret, attamen in officium judicantis. At verius putat et in formulam immo venire per *d. L.* 7. §. 1. *commod.* *L.* 36. §. 2. *de pet. her.* *L.* 50. *pr. Pro soc.* Hæc *Cap.* 8. Ut nec illud quod in aliarum actionum concursu una post alteram vel in solidum remanet si hæc nihil illi detraxit, vel in residuum si aliquid. Nam resp. Disparem istis esse rationem, vel quia ad diversa plane tendant, rem et pœnam, ut mere reales et mere pœnales; vel quia formulam actionis strictæ judex excedere nequeat, ut si prius intentata condictio furtiva concurrens actioni pro socio, *L.* 47. *Pro soc.* aut Aquiliæ, *L.* 2. §. 3. *de priv. delict.* Vel quia ob delicta plura competunt, ut *L.* 1. *vi bon. rapt.* *L.* 88. *de furt.* *L.* 34. *prin. de O. et A.*, *L.* 1. *arb. furt. cæs.* ubi nullum impune sit oportet, *L.* 2. *pr. de priv. del.* Hæc *Cap.* 10. *et ult.* Hæc summa est, eaque fide ingenua excerpta, istius libelli: qua quidem hanc controversiam. Demto *Cap.* 3. quo solutionem Cujacii quandam diluit, et recte, ac *Cap.* 7. *sub. fin.* ubi Donello nostro quandam sententiam affingit, de quibus postea; et *Cap.* 9. quo correctionis invidiam studiose amolitur haud inscite ostendens in prærupto quasi veri committendi discrimine et ubi juris ratio periclitatur, nec mitiori medelæ locus, satius esse, si manus critica admoveatur scripturæ quam si vis rationi inferatur. *Quæ ut nos* haud ægre largimur, ita in præsenti eam subesse necessitatem tantum abest, ut persuasi simus; ut et rationem juris pariter ac utilitatem contra immo facere sentiamus, ut si vel adesset negatio omnibus libris, *d. L.* 34. §. *ult.* delenda ac expungenda videatur. *Enimvero* si persequutoriæ actionis institutæ hæc vis esse posset, ut vel ex illius natura ac potestate, vel judicis de ea cognoscentis officio, etiam alterius plenioris actionis commodum sentiret actor, et ita quod in altera amplius est, uno ac eodem judicio consequeretur: consequens sane foret, illa expedita, actoreque integrum et omne id ad quod utraque actio prodita consequuto, actionem alteram minime superesse. Consequens autem, immo adeo clarum ac manifestum, ut indigna fuisset dubitatio acumine Jurisconsultorum, cum bis idem ex eadem caussa exigi non debere cuivis dictet naturalis ratio et æquitas. Atqui si nos istud et a legum veritate discrepare, et a juris ratione abhorrere, et ab utilitatis ratione ac æquitate alienum, denique et naturali rationi ex hypothesi nempe juris constituti repugnare, cum contradictionem effectu implicet, demonstraverimus; nonne isto veluti fulcro funditus subverso, tota adversariæ opinio ei superstructa, corruet? Dico a legum veritate: Et quidem primo non multis urgebo *L.* 2. §. 3. *de priv. delict.* ubi aperte habetur, condicto homine ex caussa furtiva, et ita peracto judicio mere persequutorio *L.* 7. § *ult. de cond. furt.* lege Aquilia agi posse. Unde sequitur quod in hac amplius est, illo judicio actorem non consecutum, *L.* 57. *de R. I.* Repositum enim huic memini et jam retuli ex *d. Lib. C. ult.* quod condictio furtiva sit stricti juris, non bonæ fidei, aut arbitraria. Tametsi replicari possit: 1.° non hanc rationem reddi *d.* §. 3. sed aliam *quia alterius æstimationis est legis Aquiliæ actio.* Quæ ratio communis, cui locus, etsi alia actione bonæ fidei vel arbitraria prius actum. Nam et alterius est æstimationis actio Aquiliæ, quam Commodati, ex Locato, Pro socio, Rei vindicatio, etc. Scitum vero est ex ratione potius, quam exemplis dispositionem legis ampliorem strictioremve statui. 2.° Quod vir doctissimus generatim definierit *d. Lib. Cap.* 2. *in fin.* et *Cap.* 4. *initio*, etc. concurrente reali mere cum pœnali mixta, non nisi una actione agi posse. Sed et inscriptio libelli est de concursu *actionis realis meræ* (non additis bis *bonæ fidei aut arbitrariæ*) *et pœnalis mixtæ.* Ast dicet quod in posterioribus se explicaverit. Quare hæc ad liquidum non exigemus. Firmiora nobis præsidia, et unde validiora tela torqueamus. Id primum in *L. item* 20. §. 4. *de petit. hered.* Ubi ita Ulpianus: *Quæritur utrum* (actiones hereditariæ) *cum sua natura veniant* in petitionem hereditatis: ut scilicet hæc intentata, tantundem consequatur petitor quantum si illis egisset eo contra. Ut nempe petitio hereditatis ju-

si omissa sit ejus remissionis quæstio? huic dubitationi occurrens subjicit: *nisi forte quis* *dixerit, agendo eum lege Aquilia, hoc minus consecuturum, quam ex causa commodati*

xta naturam suam, qua rei persecutoria est, id tantum persequatur quod abest petitori, et quatenus eæ actiones persecutionem quoque continent; non autem id quod in istis pœnæ rationem habet. Quod mox declarat. *Ut puta est quædam actio quæ inficiatione crescit*. Nimirum legis Aquiliæ, ut sequitur: *utrum cum suo incremento*, accessione, seu pœna, quatenus vera damni dati æstimatio exceditur, *an vero in simplum venit*, ut solum quanti ea res est æstimetur, quanti nimirum petitoris vere interest, ut legis Aquiliæ Julianus *Lib.* 6. *Dig.* scribit. Quid? Num judicis officio ejus quoque superflui quod in actione Aquiliæ pœna, et cujus intuitu illa mixta est, in petitione hereditatis, cum et hæc olim quoque bonæ fidei habita fuerit (ut hoc quidem probe Hortled. *d. Lib. C.* 4. *et not. supra Lib.* 19. *N.* 2.) rationem haberi? Minime. Quid igitur? *Simplum soluturum*. Quod si igitur ita in petitione hereditatis jus, ubi ipsa generalitas et potestas universalis judicii non levem dubii rationem specialem suppeditat, quanto magis in judiciis specialibus et singularibus idem obtinebit. Si illic actio L. Aquiliæ concurrit tantum cum petitione hereditatis, sed immo, quod longe plus est, *in eam venit* ut dicitur *d. L.* 20. §. 4. *et L.* 36. §. 2. *in in fin. eod.* id est ei inest ut quodammodo, ceu pars in toto, ejus ambitu continestur; et ipsa quidem actio, nec res solum actiona petita *dd. locis* et simplum tamen ibi non exceditur; quanto minus excedi poterit in actione Commodati. Rei vindicatione, aliave quæ concurrere quidem at una dari dicitur, cum actione L. Aquiliæ: sat hanc illi inesse eave contineri nec vere diseris. Ac telum quidem hoc unum pugnæ conficiendæ sufficere apparet, quo caussæ jugulus petites et præcisus. Promamus tamen et alia. Et quidem ex illis ipsis LL. in quibus suæ sententiæ firmamentum Vir. Cl. constituit, veluti 2.° ex *L.* 13. *et seqq. de R. V.* Nam illa verba *quanquam et L. Aquiliæ actione conveniri possit*, *d. L.* 13. non removent in proposito Aquiliæ actionem. Quippe et structura sermonis expositioni Hortlederi resistit. Dici enim deberet *potuisset*, non *possit* quo in præsenti facultas innuitur, re jam vindicari cœpta. Et cum primis *Lex seq.* 14. quæ clarissime probat necessitatem damni æstimandi (etsi ea æstimatio, ut postea dicetur, alia omnino sit quam quæ fit in Aquiliæ) nullam esse: posse actorem recusare Aquiliæ remissionem: illoque casu, absoluto reo vindicationis judicio, legis Aquiliæ actio superest: tota scilicet, non ad id quod æstimatio fieri solita in Aquiliæ excedit eam æstimationem quæ fieri debuisset in actione in rem; sed in solidum, ac si in rem nunquam actum fuisset. Quod si vero id omne ad quod actio Aquiliæ intentatur, rei vindicationis judicio ferre potuisset actor, si eam persequeretur: stultus et temerarius foret, si ea jam instituta et ex parte prose-

cuta lite relicta, ad Aquiliæ transire vellet. Nonne enim expedit eodem judicio idem consequi minore opera et impendio? Cur supervacuo instituto jam uno, postulat se admitti ad aliud, si hoc posteriori nihilo plus laturus? Si hæc judicia ejusdem potestatis ac effectus, nondum intentato uno, dici sane posset ipsam laxiorem agendi facultatem commodo actoris constitutam, *L.* 76. §. *penult. de leg.* 2. Ast eo instituto, merito aditus ad aliud præcludendus foret, tum ut litium multiplicatio evitaretur, tum argum. *L.* 38. vers. *constituimus de R. V.* item argum. *L.* 14. §. 1. *ut leg. nom. cau.* quia ea re sibi in nullo prodesset actor, noceret solum alteri, etiam cum suomet damno. Plane in *d. L.* 14. absolutio non a restitutione rei, ut Hortled. sed a præstatione damni æstimationis accipienda. Tum quia id ratio subjectæ materiæ et propositæ quæstionis exigit, tum quia restitutionem illam L. Aquilia agens, ex natura illius judicii quod in personam est, obtinere nequit. 3.° Ex *L.* 36. §. 2. *de petit. her.* verbis: *an malit integram sibi esse actionem L. Aquiliæ, omissa ejus rei æstimatione a judice*. Ubi 1.° notanda vox *omissa*. Non igitur necessitas est æstimandi damni a judice, quasi sine ea æstimatione condemnari reus non possit in judicio persecutorio bonæ fidei aut arbitrario (et ita etiam in petitione hereditatis) ut Hortled. *C.* 4. *initio*; sed immo condemnatur tamen reus ad præstationes alias, *omissa* non condemnatione, sed *ejus rei*, quanti scilicet servus occisus, *æstimatione*. Deinde ex *d.* §. 2. idem argumentor quod ex *d. L.* 13. Si ipso universali in rem judicio consequi liceret etiam id in quo Aquiliæ mixta est ac excedit, frustra temereve, instituto jam illo judicio (de quo loqui *d.* §. 2. evidens est) resiliret ac transiret petitor ad aliud quod nihilo sibi futurum utilius, cæterum ipsique reoque mutatio isthæc damnosa. 3.° Ex ipsis ipsius *L.* 7. §. 1. *Comm.* verbis prioribus. Etsi ea per se sola spectemus, nullo respectu ad versic. *nisi quis forte*, expendamus ea ita ac si *d. vers.* nec adjectus esset. Dicimus et firmissime tenemus illis non quidem principaliter adstrui sententiam nostram quod Aquiliæ post Commodati supersit. Id præstat, *d. vers.* præstat juris ratio. Attamen rationem et fulcrum opinionis adversæ quod superfluum Aquiliæ deducatur in Commodati, funditus subverti. Agitur illic, ut constat ex *præced. L.* 5. §. *ult.* de duobus commodata re ea, cujus conditio illa: ut usus ejus plurium esse possit, uti vehiculum. Dicitur hos ambos duorum reorum loco esse, ideoque pro se quemque dolum et culpam etc. in totum præstare, *d. L.* 5. §. *ult.* id est, etsi facto culpave alterius damnum in re commodata admissum, ad id sarciendum æque alterum correum, atque eum qui dedit damnum teneri: verum ubi unus id sarcierit, alterius quoque obligationem tolli *d.* §. *ult.* Hinc infertur verbis extremis *d.* §. *ult.*

*consecutus est: quod videtur habere rationem.* Vult ergo et post commodati actionem commodatorem adhuc agere posse lege Aquilia, et quidem ita ut id consequatur solum

re iste furto sublata, utrique actionem furti competere. Nimirum quia utriusque interest, et cum furto neglecta custodia caussam dederit *L.* 52. §. 3. *Pro soc.* de ea autem uterque commodatori teneatur *d.* §. *ult.* ibi; *et custodiam in totum etc.* damnum rei emissæ sive ab eo cui subrepta est, sive ab altero commodatori exigere liberum. Sed quia actio furti non ab utroque exerceri potest, sed ab uno *L.* 6. *eod*, inde quæstio *L.* 7. *pr.* Si alter furti agendo lucrum sensit ex re commodata, id est, si dupli vel quadrupli pœna ei persoluta, an ipse solus Commodati conveniendus? Pro negativa autem mere juris ratio: quia cum initio uterque, et sic quoque ille qui furti non expertus est, obligati fuerint, commodum hoc electionis et alterum conveniendi potestas, commodatori invito, facto alterius adimi non poterit. Media autem Ulpianus via ex Celso, et recte quidem, alterum quoque Commodati conveniri ostendit, quia nihil est quod eum jure liberet: Sed si hic postulet litem in socium correum transferri, audiendus. Non utique tamen ex eo solo quod alter correus furti egerit et inde lucrum consecutus, proinde eum potius teneri æquius fit: sed ita si paratus sit periculo suo alterum conveniri, id est si et ipse suis sumptibus litem exerceri patiatur et una caveat quod, si Commodati ab eo suum consequi nequeat, ipse judicatum facere ac exsolvere velit. Sequitur jam *in* §. 1. cujus verba et mentem exacte pensitabimus: *Sed si*, dixerat in prioribus, non de damno facto alterius commodatarii in re data; sed de furto negligentia admisso. Hic inquirit quid juris, si in re duobus commodata alterius facto damnum illatum, *legis Aquiliæ* quia vehiculum forte fractum ruptum, *adversus socium ejus* quem scilicet lite pulsat, correum ejus debendi. *habuit commodatæ actionem*, et quidem hanc adversus eum solum, cum solus deliquerit. *Videndum erit ne*, id est dicendum quod (verba enim hæc non quærentis solum, sed et decidentis; non ambigentis, sed modeste suam sententiam exponentis, in quo recte Hortled. *d. C.* 3. nam affirmativam decisionem versus sequens et inde ducta argumentatio exigit) *cedere debeat*, id est mandare ac transferre actionem legis Aquiliæ, constituere eum Procuratorem in rem suam: *si forte damnum dedit*, (corpore et in corpus, quod L. Aquilia requirit). Quis? non hic qui Commodati judicio reus est, sed *alter*, (socius, qui una commodatum accepit juxta priora) *quod hic qui convenitur, commodati actione sarcire compellitur*. Quia nempe ita jus est, re duobus commodata, ut uterque culpam diligentiam et custodiam in totum præstet, ideoque de damno quoque non a se suave culpa, sed a socio illato teneatur. Decisionis hujus, et quare cedenda sit L. Aquiliæ actio, ratio non tam in jure quam æquitate, quia alias et ille conventus Commodati judicio æstimationem quam præstitit, a socio qui damnum dedit recipere non posset, quippe nulla ad id sibi actione jure prodita; et hujus ipsius correi culpa indemnis foret, cum præstatione ejus qui conventus Commodati judicio solvit, liberatus sit, ut *præc. L.* 5. §. *ult. in fin.* Eam vero decisionem confirmat Ulpianus in seqq. *Nam etsi adversus ipsum*, qui scilicet corpore suo damnum intulit. Non enim intelligit eum quem modo dixerat Commodati conveniri. Nam hic Aquiliæ teneri nequit ex delicto alieno, de quo mox plura. Et vocula *ipsum* refert se ad voculam *alter* in præcedd., alias aptius diceret Ulpianus adversus hunc etc. *habuit Aquiliæ actionem commodator* qui nempe non uni, sed utrique simul commodavit: *æquissimum est*, æquitas suggerit, etsi jure deficeremur, *ut Commodati agendo* contra eum ipsum qui damnum dedit, quia et contra hunc Commodati actio habetur, *remittat actionem*, scilicet Aquiliæ, seu caveat se lege Aquilia non acturum *L.* 13. *de R. V.*, *L.* 36. §. 2. *de pet. hered.* Vis confirmationis hæc. Si damno in rem duobus commodatam illato, actio Commodati intentata contra ipsum auctorem damni id efficit, ut præstita damni æstimatione Commodati judicio, recte postulet reus Aquiliæ actionem remitti; utique eadem æquitas efficiet, ut instituta illa contra socium culpæ exsortem, damnique æstimatione ab eo illata, jure exigat reus mandari sibi et exhiberi Aquiliæ actionem, cujus vi a socio correo damni auctore id quod vice veluti ejus præstitit, recipiat. Jam hac ita genuina *d. L.* 7. §. 1. mente ex verborum vi ac præcedd. connexione eruta et adstructa, jurisque rationi congrua sententia, firmissimo argumento exstruo quod in specie *d.* §. 1. superfluum est? Aquiliæ istud, cujus ratione rei persequutionem ea non respicit, sed mixta est, illis verbis *damnum sarcire* compellitur, intelligi nec debeat, nec ulla ratione possit. Esto hic Syllogismus: Superfluum omne in quo Aquiliæ actio excedit actionem mere realem, (sive dum crescit ex inficiatione, sive quod in repetitione anni aut 30. dierum) pœna est, §. *vi autem* 19. *I. de act.* Sarcitio damni in *d. L.* 7. §. 1. pœna non est. Quare alia sit a superfluo isto oportet. Assumptionem sic probo: Pœnam is solum dependit qui deliquit, *L.* 22. *C. de pœn. et simil. Vulg.* At in *d.* §. 1. damnum sarcit alius qui non deliquit, ipse non nocuit. Verba enim sunt: si damnum dedit *alter*, quod *hic* sarcire compellitur. Sarcitio igitur ea non ad pœnam, sed ad rei persequutionem spectat; Quin et hæc propria vis voculæ *sarcire*. Et sarciri quoque damnum dicitur in actione mere persequutoria ea cum qua nulla pœnalis, mera vel mixta, concurrit, *L.* 32. *de dam. infecto.* Sic sarciri ædificia, *L.* 7. §. *ult. de jure delib.* unde sarta tecta *not. supra Lib.* 10. *Cap.* 13. *N.* 4. Accedat ratio specialis. Actio L. Aquiliæ in eum qui corpore suo damnum dedit. Atqui in *d. L.* 7. §. 1. damnum ille sarcit

quod amplius in ea actione fuit, subducta rei æstimatione quam actione commodati consecutus est. Jam vero hoc amplius adversus confitentem non est aliud quam illud quod

qui non corpore suo damnum dedit, sed socius ejus ac correus. Damnum itaque is sarcit *d.* §. 1. qui ipse L. Aquiliæ actione non tenetur. Qua ratione igitur in præstatione damni ab hoc facta inerit superfluum actionis Aquiliæ, cum contra hunc eundem Aquiliæ actio non habeatur, nec accessio sine principali subsistat; et quod fortius, ei quod non est nihil tribui possit? Nam ut dicatur in actionem Commodati contra hunc venire superfluum ejus actionis L. Aquiliæ quæ contra alterum correum datur, admitti nulla ratione potest per dicta. Etenim quod factum unius rei promittendi alteri nocet *l. pen. de duob. reis* ad præstationes contractuum proprias referendum est, minime ad pœnas quæ ex delictis pendúntur et quæ lucrum continent, pertinet. Quippe id jure inauditum. Ad hæc concurrere eæ dicuntur actiones quæ eidem plures adversus eundem At in *d. L.* 7. §. 1. vers. 1. Aquiliæ et Commodati qua conventus damnum sarcit, non sunt contra eundem, quin immo illa huic cedi debet. Proinde dici nequit in *d.* vers. speciem esse, ubi in concursu Commodati et Aquiliæ superfluum hujus in actionem illam veniat. Sed de his satis. Nam quomodo damni præstatio ad persecutionem rei spectet postea dicam vid. *infra h. N. versic. damnum enim ut præsteiur* etc. Dixi a juris ratione. Quandoquidem sua cuivis actioni constat natura, eaque legibus constituta. Neque ab ea, vel facto litigantium; imo nec communi consensu recedi, vel judici illam immutare licet, arg. *L.* 4. *Cod. de sent. et interl. L.* 1. *C. de exsec.* Sed hujus officium juxta illam dirigi oportet, *L.* 8. *in fin. de eo quod cer. loc. et simil.* Unde DD. nostri inservire id actioni scribunt. Petitio quoque actoris necesse est ut conformis sit naturæ actionis propositæ. Idque cum primis curæ esse actori convenit, cum hac in re periculose peccetur, ut suo loco. Petitioni autem conveniat sententia oportet, *infra Lib.* 26. *Cap.* 4. Fieri itaque non potest ut si Commodati quis expertus sit, ad id quanti interest se rem commodatam integram requirere, ut judex condemnet reum ad pœnam damno injuria dato lege Aquilia statutam. Sed nec ad id actor in Commodati formula intendere potest Alias egrediendo notissimos hujus terminos, arg. *L.* 24. *Depos.*, suæ ipse intentioni adversabitur, dum Commodati actionem præ se ferens, vi ipsa ac effectu Aquiliæ institueret. Quæ et res ipsum saltem juxta rationem juris antiqui, et quod Jurisconsultorum ætate etiamnum viguit, pœnæ plus petitionis adeoque jacturæ litis fecerit obnoxium. Qui autem quæso unquam eo extenderetur judicantis officium, etiam liberius in bonæ fidei et arbitrariis judiciis, ut ex actione solum persequutoria, ex parte pœnalem, ex mera mixtam efficiat? Siquidem in istis (bonæ fidei) potestas liberior eo pertinet, ut quod ex bona fide alterum alteri præstare convenit, etsi de eo verbis contrahentium non convenit, ejus ex æquo et bono ratio habeatur; utque non tam quod verbis cautum quam quid actum spectetur. In illis (arbitrariis) ut si arbitrio non pareatur, quomodo actori jurejurando in litem vel alias satisfiat, æstimetur; utrobique nimirum *juxta cujusque contractus et negocii aut rei de qua actum est* conditionem ac *naturam*? Id enim diserte additum §. 31. *in fin. I. de act.* Neutiquam vero ut naturam judiciorum, auctoritate plusquam prætoria immo legislatoria confundens, pœnam reo in persequutorio judicio ad quam id proditum non est, dictet. Neque unquam exitus hic esse poterit, salva manente ejus natura. Denique si ubi duæ mere persecutoriæ concurrunt et utræque bonæ fidei, judici tamen non permittitur præter naturam unius judicii de eo judicare quod alterius est actionis *L.* 34. *Pro soc.* minus ei licebit idem, ubi duæ magis diversæ actiones concurrunt, quando et una est mere realis ac bonæ fidei et altera mixta pœnalis ac stricti juris. Dixi ab utilitatis ratione et æquitate, quæ ad usum communem eorum qui in jure reguntur jus dirigit; quia diversa natura judicii persequutorii et pœnalis mixti (ex. gr Commodati aut Rei vindicationis et Aquiliæ) diversas non solum petitiones ut modo dictum, ac præstationes, sed et caussas petendi, ac juxta eas genera probationum exigit. Ut quæ in uno necessariæ, in alio vel supervacuæ sint vel inconvenientes. Non igitur vere dicitur quod utilitas sive communis quæ lites imminui suadet, sive litigantium postulet ut in uno unius actionis intentatæ judicio, super iisdem probationibus judex sententiam ferat quæ ea quoque præstationem diversam, quæ est in alia actione nondum instituta vel exercita, cujus alia requisita, aliud αἴτιον τοῦ πραχθέντος et medium concludendi, aliæ probationes, complectatur. Quin iniquitas inde pluries non levis emergeret; quod consistentes veluti in terminis *d. L.* 13. *de R. V. d. L.* 7. §. 1. *commod.* exemplis earumdem explanabimus. Hominem alienum possidens in rem actione convenitur a domino. Hac is intendit servum suum sibi restitui, et se dominum declarari debere *supra Lib.* 20. *C.* 4. *et* 6.; restitui autem integrum. Quare si vel inter moras litis a bonæ fidei possessore ejusve culpa, vel ante etiam conventionem culpa malæ fidei possessoris *L.* 36. §. 1. *L.* 45. *L.* 63. *de R. V.* is debilitatus aut vulneratus, quia integer restitui nequit, ejus deteriorationis æstimatio initur, *d. L.* 13. Quæ præstanda in hoc judicio domino, si et dominium servi suum, et antea eum integrum fuisse probaverit. Quod enim nunc non sit integer ipso aspectu apparet. Neque oportet hic probet vindicans quod reus ipse corpore suo damnum dederit. Satis est si dolo culpave ejus id acciderit; veluti si servum in arena esse concessit et is ibi mutilatus, arg. *L.* 36. §. 1. junct. *L.* 76. *pr. de R. V.* Quin et si non integer appareat, nec certum quando mutilatio facta, cau-

amplius fuit in repetitione triginta dierum. Hæc sic recte conciliemus. Post Commodati actionem non remanet legis Aquiliæ actio *in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius*

tio exigetur a possessore bonæ fidei, quod nihil dolo in re petita ante judicium admiserit; a malæ fidei, quod nihil culpa; ab utroque, quod nec dolo nec culpa post acceptum judicium, *l.* §5. *eod.* Quod si igitur quoties in rei vindicatione ratio a judice habetur quanto res petita deterior, toties et id quod in Aquiliæ actione pœna est, una præstandum venit: pluries eveniet ut puniatur is in actione rei persecutoria, qui non ipse ita deliquit ut Aquiliæ cum effectu vel initio conveniri posset. Quippe in hac ex tertio legis Aquiliæ capite intendit actor servo sui vel dominii vel juris vulnerato (non culpa rei ab alio sed ab ipso reo) petere ea ut quanti ea res in diebus 30. proximis, tantum æs sibi dari damnetur, *l.* 27. §. 5. *D.* §. 13. *I de L. Aq.* Hoc ut obtineat, probare oportet vulneratum eum vel ab ipso reo vel saltem ejus jussu, et quidem si jussu, non nisi ab eo cui jus imperandi fuit *L.* 37. *pr. ad L. Aq.* Aat ubi ex. gr. in arena a gladiatoribus vulneratus servus, ut supra; nec corpore suo damnum dedit possessor, neque illic cui hic imperare potuit. Nec obst. quod *d. L.* 13. generatim dicit possessorem Aquiliæ conveniri posse. Nam et alias verbum *potest* terminos habiles præsupponit. Et hic itaque potest, si actor probationem in Aquiliæ actione requisitam suscipere velit. Semper enim ejus intentio jure tenet. Sed ut obtineat, factum cui jus adaptatur, probet necesse est. Pressius argum. forma agamus: Quicunque actione reali conventus damnum rei deterioratæ sarcit, is juxta Hortlederi acceptionem id quod in Aquiliæ actione superfluum, atque ita pœna est, dependit. Atqui damnum rei deterioratæ in vindicatione is quoque præstat, qui nec ipse corpore suo damnum dedit, nec alius cui jus imperandi habuit. Quare, et hic juxta Hortlederum, pœnam L. Aquiliæ dependit. Jam ulterius. Iniquum est eum pœnam L. Aquiliæ in reali judicio dependere, qui ipsa actione Aquiliæ conveniri cum effectu, aut ea condemnari nequit. At qui nec ipse corpore suo damnum dedit, nec alium eum cui imperare potuit ut id daret jussit, Aquiliæ actione condemnari nequit. Pœnam igitur eum in reali judicio dependere iniquum est. Sane non ignoro pluribus casibus, si alio modo damnum datum, directa Aquiliæ deficiente, utilem decerni §. *ultim. l. de leg. Aquil.* Ast et hoc novi plures alios esse, quibus res culpa deteriorari potest, maxime in omittendo, ut si ædes possessor reficere neglexit, et inde ingens damnum quibus nec utili Aquiliæ locus, et nihilo secius tamen in rei vindicatione quanti id damnum æstimatur. Satis de *L.* 13. Jam ad exemplum Commodati et Aquiliæ actionum concurrentium *d. l.* 7 §. 1. Vehiculum integrum commodatum est duobus. Id unus rupit vel fregit. Non jam de specie vers. *videndum*, quibus commodati convenitur is qui non rupit. De eo satis superius; sed vers. *nam etsi*. Nata inde Commodatori, et Aquiliæ et Commodati actio. Hac experitur. Intendit se rem integram commodasse quæ nunc corrupta sit. Damnum hoc sibi sarciri petit. Probare hic nihil amplius tenetur quam quod integrior res fuerit, cum utendam daret. Neque una ostendendum illi hac actione sive quod jus dominii, sive finitimum sibi sit in re commodata, sive quod commodatarius, vel ipse damnum dederit corpore suo, vel alii quem imperata facere sua oportet, dare jusserit (quod utrumque tamen in Aquiliæ præstandum) Immo nec quod culpa rei datum damnum, etsi hoc allegandum sit. Ista enim probatione absoluta, reus condemnationem actionis Commodati evitaturus ipse ostendat oportet, damnum rei citra culpam suam casu qui prævideri non potuit, vel vi majori accidisse. Hoc nisi præstet, judex damnum sarcire jubebit. Jubebitne autem judex una quod amplius est in repetitione 30. dierum exsolvere? quid enim si ante duas vel tres septimanas duplo majoris fuerit æstimationis vehiculum? Iniquissimum vero hoc, si quidem nondum constat in L. Aquiliam deliquisse reum, ut ea plecti debeat. Dices: Atqui *d.* vers. *nam etsi* ponitur casus quo commodator *habuit* Aquiliæ actionem. Nata igitur ei Aquiliæ actio; proinde verum est et actorem dominum esse vel quasi, et reum ipsum commisisse ita ut in Aquiliam incideret. Resp. Verum sane, natura cui omnia certa sunt, inspecta; ast de eo in Commodati judicio liquido apparere judici nequit, quia nec de illo inquiri convenit, cum eo potestas ejus judicii se non extendat. Ac utut aliquando contingeret ut reus ad id damnaretur ad quod Aquiliæ actione intentata damnandus foret, exemplo tamen pessimo esset istud admitti. Nam qui quid statuerit, parte inaudita altera, æquum quantumvis statuit, haud æquum facit. Dices: Quid si Commodati judicio probet actor juxta requisita Aquiliæ et se dominum, et ipsum commodatarium rem corrupisse? Resp. Probatio illa, ceu ad propositæ litis Commodati decisionem nihil faciens, non attendetur, sed superflua erit per *L.* 21. *in fin. C. de probat.* et arg. *L.* 65. *pr. de V. O.* Quin nec admittenda ceu impertinens, si ea re judicium extrahetur, per *L.* 15. ibi *neque enim inanibus C. de rescin. vend.* Singulis enim controversiis singulæ actiones statutæ, *L.* 6. *de exc. rei judic.* Suis quæque cancellis inclusa actio, ultra quos si evagatur, amplius eadem dici nequit arg. *L.* 24. *Depos.* Verum age ponamus, (quod nunquam tamen concedemus) hoc casu quo in judicio mere persequutorio judicii pœnalis mixti instituta probatio, sententiam quæ huic mixto conveniet, (monstrosa quasi commixtione et confusione nominum ac rerum) ferri posse. At quæ feretur, probatione hac non expedita? ea sola, quæ Commodati judicii propria. Non alia certe, quam quæ hujus natura exigitur, ut quod ex caussa Commodati actori absit id tantum præstetur. Quid igitur hic, peracto

**est, inquit Paulus. Recte *in eo*, ut intelligamus in eo dumtaxat: quippe, ut recte subjicit, hujus summæ excurrentis repetitio accedit simplo, ac simplo sublato, ei accessioni lo-**

Commodati judicio, Aquiliæ intentantem (finge probationes in hac requisitas exactiores quibus ante caruit, postea actorem nactum esse) removebit? Non certe exceptio rei judicatæ, quia non de hoc de quo jam lis movetur, antea vel cognitum vel judicatum, priorque sententia et de alia re lata et ex alia caussa. Neque ibi in contentionem venit num rem commodatam ipse corruperit suo facto reus, ideoque Aquiliæ pœnam sufferre debeat necne; sed num res commodata ita adhuc integra sit ut fuit, cum utenda data est. Et cujuscunque tandem facto corrupta sit, quanto inde deterior commodatarius exsolvit, ob neglectam rei custodiam quam Aquilia non punit. Non iniquum igitur Aquiliæ actionem adhuc admitti, immo iniquum eam negari. Quid enim si, cum vehiculum corruptum reciperet actor, fidem habuit reo dicenti forte id petulantia improborum puerorum quos non noverit, damnum datum esse, et ita simpla præstatione contentus fuit; peracto autem judicio Commodati, rescivit id immo culpa ipsius commodatarii damnum datum esse. Anne ideo hunc Imponem esse decet, quia Commodati antea actum est? Id ex sententia Hortlederi consequi videtur. Qui et generaliter definit post Commodati Aquiliæ non superesse, et generalem rationem esse putat, quia in illa superfluum hujus deducatur. Hanc unicam exceptionem statuit *Cap. 7. sub fin.* nisi omissa in Commodati æstimatio damni (Superflui intelligit quod in Aquiliæ pœna est. Æstimatio vera spectat ad rei persequutionem et nunquam omittitur, ut ex dictis et dicendis patet) aut non remissa Aquiliæ actio errore judicis. In istis autem casibus nullus error judicis. Deinde vir doctissimus exceptionem statuit in casu raro et singulari. Nos autem, si vel verum esset instituto judicio Commodati posse superfluum Aquiliæ deduci (quod non ita est), tamen ostendimus pluribus et creberrimis casibus iniquum fore istud deduci, quoties scilicet commodator juxta requisita solum propositæ Commodati actionis probationem peregit, et non una juxta requisita Aquiliæ. Hoc vero non rarum sed frequentissimum. Enim vero nimium vereor ne haec ea mens sit Donelli, quæ *d. C. 7. in fin.* exposita, ei ab Hortledero tribuitur. Ex paucissimis enim Donelli verbis. *h. C.* 3. his nempe solis: *Quid tamen si omissa sit ejus remissionis quæstio*, illa haud apte elicitur. Secum ipse pugnaret Donellus si ita sentiret, non aliter Aquiliam superesse, quam quo casu non remissa ea imperitia judicis. Qui imo regulam statuit, quod post Commodati supersit Aquiliæ. Et ita igitur ista verba intelligenda: si *omissa*, non desiderante reo. Sic ipse ex seipso explicandus *Lib. 20. C. 5. n. 17.* Id vero sæpe contingere potest ut Commodati reus non petat remitti Aquiliam, etiam damno rei commodatæ illato, quod nimirum non teneri se ea actione quia non ipse dederit damnum, præ se ferat. Dixi denique a naturali ratione, ex hypothesi scilicet, sicut in simili *L. 16. D. de furt.* quod effectu pugnantiam involvat. Etsi enim non absoluta pugnet Commodati agere et inde pœnam exsequi; posteaquam tamen jus ita constitutum est, certaque ei actioni natura ac limites præstituti, ut rei tantum persequendæ caussa comparata sit, *§. rei 17. I. de act.* si quis dicit accessionem 30. dierum, quæ pœna est in Aquiliæ actione *§. 19. Inst. de act.*, venire in formulam Commodati, Hortleder. *d. Lib. Cap. 8. pag.* 66. nonne in effectu dicit actionem Commodati ipsa formula, at ita principali natura sua, ex parte aliquave ratione, pœnam persequi? Idem ipse si dicat Commodati id judicium, tamen mere persequutorium esse, non pugnantia loquitur. Siquidem merum et mixtum non contraria solum, sed et contradictoria sunt. Mixtum quippe est non merum. Pœnam autem ex parte aliquave ratione exsequi, idipsum est mixtum pœnale judicium esse, *d. §.* 19. Qui itaque dicit actionem Commodati exsequi ex parte pœnam, nonne dicit eam mixte pœnalem esse? Atqui antea dixerat esse mere persequutoriam et ita passim vocat. Eadem igitur actio et mixta erit et mera. Naturalis certe inter hæc pugna, esse quidem alteram actionem altera pleniorem; nec tamen unius formula minus intendere, minusve sententia consequi actorem, quam alia. Taceo quod et ista pugnant, *concurrere* actiones Commodati et Aquiliæ, et neutram tamen post alteram superesse. Ita enim nec initio utraque competeret sed alterutra, vid. *supra N.* 4. Nam et quando mere persequutoriæ plures competunt atque ita concurrunt, sæpe una expedita, superest altera. *L.* 43 *L.* 47. *Pro Soc. L.* 28. *de act. empti.* Quin et hic, peracto prius Aquiliæ judicio, Commodati superesse potest, ut mox. Ac si ubi duæ mere reales competunt, in id quod amplius in altera est, illa remanet *dd. LL.*, etiam cum prior instituta et peracta bonæ fidei, immo cum utraque talis, *d. L.* 43. *Pro soc.*, quanto magis hic, ubi altera ex parte pœnalis. Si illic superfluum alterius neque in formulam neque in officium judicantis in priori intentata venit, quanto minus hic veniet? Si ubi Communi dividundo et Pro socio concurrunt, neque illa dominum rationem, neque hæc adjudicationem admittit *d. L.* 43., cum utraque tamen bonæ fidei sit: *§. 28. I. de act.* quanto minus Commodati recipiet æstimationem 30. dierum, aut præstationem dupli ob rei conventi inficiationem; cum et inconveniens videatur in bonæ fidei judicio præstationis ejus rationem haberi, quæ in stricto exigenda. Hisce, ita abunde infirmato novæ istius opinionis fulcro, firmataque pariter scripta ac vera sententia, haud dignum curæ pretium in reliquis singulis singulatim excutiendis immorari, cum quatenus in specie adversantur et ex dictis nullo negocio diluantur, et collapso fundamine per se non subsistant. Ne quis tamen cuiquam resideat scrupulus, adhuc tractabimus. 1.° Unde viro haud vulgaria

cus non est. Enimvero post Commodati actionem, legis Aquiliæ actio cui aliquid ad præstationem sui deest, remanet tota, potesique commodator ea experiri de toto da-

eruditionis tam monstrosi (pace ejus dixerim, cujus nec honorem lædi, nec jure amicitiæ violari velim) erroris gignendi occasio? En gemina: UNA eaque præcipua ex errore alio, ἑνὸς γὰρ, ut Philos. 1. Phys. 2. et 3. ἀτόπου δοθέντος τ'ἄλλα συμβαίνει. Dum putat cum *damnum æstimari*, item *sarciri* dicitur *L.* 13 *de R. V. L.* 7. §. 1. *Comm.* superfluum actionis pœnamve legis Aquiliæ denotari, tanquam præstatio illa ad rei persecutionem non spectet. In quo homini quid patitur. Damnum enim ut præstetur plerisque omnibus actionibus etiam mere persecutoriis, cum nulli pœnali meræ mixtæve concurrant, commune est. Quod pleraruoque omnium inductione ostendere in proclivi esset, ni nimium istud foret et supervacuum. Percurrat quis actiones quasvis, singularum naturam ac præstationes expendat, reperiet damni potissimum rationem haberi, idque LL. curæ esse, ut quisque contrahentium servetur indemnis, neve facto alterius ipsi noceatur, *L. factum* 155. *pr. de R. I. et simil.* Quid vero multis hoc comprobare attinet? Nonne ex regula juris *L.* 23. *de R. I.* id satis clarum est? Dum statutum est contractus quosdam dolum et culpam recipere, et in his quosdam et diligentiam: cæterum nullum omnino esse in quo dolus non præstetur. Quid id aliud quam pro diversa contractuum conditione, si quid facto vel omissione nonis contrahentium alteri nocitum et ita damnum datum, varie statuit quodnam *damnum* hic illi *sarcire* debeat: anne id solum quod fraudulento animo sciens intulit, an et quod imprudentis peccaus; et num quod quavis leviori quoque culpa; an solum quod dissolutiori negligentia? Etenim quantumcunque fraudulentus animus, quantacunque etiam omnium dissolutissima negligentia in re negociove alterius admissa sit; si nihil nocitum est illi, nullum rei damnum datum, nulla inde præstatio. Veluti: Commodavi tibi monile pretiosum. Tu eo usus, antequam redderes, omnem ejus custodiam negligis, imo in loco furibus expositissimo reponis, sive malitioso animo, sive stolida levitate. Centies subripi potuisset, subreptum tamen non est. Repetens ego monile, integrum recipio. Resciscò postea te ad stuporem usque incuriosum in asservando monili fuisse. Nulla mihi tamen adversus te ejus rei nomine actio, quia mea non interest, nihil mihi abest, nullum damnum rei datum est. Tantum vero abest ut verba *damnum sarcire* arguant pœnam dependi, ut contra potius vi utriusque voculæ propria pœna removeatur. Nam et *damnum* a deminutione patrimonii dicitur, *L.* 3. *de dam. inf.* Pœna autem quæ præstatur actori, in patrimonio ejus non fuit. Et *sarciri* dicitur quod amissum reparatur *L.* 32. *eod. tit.* vid. *supra h. N. vers. Sarcitio igitur.* Plane ea lite damni æstimatio vera et realis *d. L.* 13. *d. L.* 7. §. 1. a præstatione pœnæ. Neque etiam verba *d. L.* 13. *quanto deterior sit factus*, ad pœnam ullo modo pertinent. In quacunque actione habetur ratio ejus quod actoris interest, *L.* 38. §. 17. *de V. O.* et *simil.* Interesse autem dicitur quantum mihi abest, quantumque lucrari potui, *L.* 13. *Rat. rem hab.* Et prius quidem istud præcipue, ut suo loco *Lib.* 26. quod nullam pœnam, meram rei persequutionis rationem habet Dom. noster *ad tit. de act. I.* §. 16. *n.* 5. Quanto autem res deterior vel vilior, facta, tantum nobis abest. Unde nec reddita *L.* 3. §. 1. *Commod. L.* 1. §. *si res* 16. *Depos.* nec soluta videtur quæ deterior, *L.* 33. §. 1. *de solut.* In hoc igitur nulla pœna, quod æque æstimaretur, etsi actio L. Aquiliæ non una competeret. Æstimatur itaque damnum in rei vindicatione, *d. L.* 13. et Commodato *d. L.* 7. § 1. sed nihil ultra. Ast in L. Aquilia interdum ultra, ut ex inficiatione rei duplum, et citra eam, quanti res retroversus in 30 diebus plurimi. Licet si damnum non datum esset, adeoque res omnis mansisset integra, non haberet actor in re nisi præsentem valorem, quanti scilicet nunc esset, si corrupta non foret. Summatim: Rei vindicatio et Commodati, indemnem præstant petitorem et commodatorem. Aquiliæ actio præterea certe conditione lucrum ei adjicit. ALTERA, quis expedire se non potuit quomodo dicatur remitti debere actionem L. Aquiliæ, non solum *d. L.* 7. §. 1. *Commod.* verbis prioribus, sed et *d. L.* 13. *de R. V.* et *L.* 36. §. 2. *de pet. her.* si post reale judicium peractum, nihilo secius remanet in superfluo. Ac certe non levis omnino in hoc apparet difficultas. Nam solutio illa: quod remittatur, quatenus persequutorio judicio priori consequitur actor, et sic quatenus Aquiliæ realis est, idem quod altera prius instituta persequens, recipi nequit. Non sane quod refellatur illis verbis *d.* §. 1. *si damnum dedit. etc.* ut Hortled. *C.* 5. *in fi.* Ea enim hic nil facere satis superque ostensum. Ac subditur *seq. L.* 14. electio actori danda etc. Sed 1.° quia *d. L.* 13. absolute dicitur *cavere petitorem oportere*, si scilicet damnum in vindicatione æstimari velit. Et *d. L.* 36. §. 2. actorem debere *eligere* etc. et sequitur: *an malit integram sibi esse actionem Aquiliæ.* Quibus consequens cautione præstita eam amitti. Et neutrobique quidquam quod temperet vel moderetur, subjicitur: Ergo lege non distinguente etc. Denique, quod caput est, alias derisoria et lusoria illa cautio ac remissio, onerans actorem sine rei commodo. Nec exigi igitur posset a reo *L.* 14. §. 1. *ut leg. nom. cau.* Cui enim bono cavere actorem se Aquilia non in plus usurum quam ea competitura, vel quam superfuturum in illa, deducto eo quod Commodati judicio consequetur? Nam etsi non caverit, tamen ea intentata nihilo plus consequuturus est. Itaque eveniet ut nec minus teneatur postea reus, finito Commodati judicio, si in eo præstita cautio, nec magis si omissa. Non aliud ista actionis remissione tribueretur reo, quam

**mno, uti lege Aquilia cautum est: sed ita ut reo prosit exceptio, non qua in totum liberetur, sed quatenus jam ante priore actione præstitit, non amplius. Unde eveniet.**

quod vel citra illam jure, is ope exceptionis doli *L.* 57. *de R. I.* haberet. Largiendum sane Aquiliæ actionem in totum remitti. Quod et *d. L. LL.* et ratio adducta convincunt, et Donellus quoque hic sentit, dum *d. L.* 7. §. 1. *vers. ult.* exponit *omissa quæstione remissionis*. Et *Lib.* 20. *C.* 5. ita exponit *d. L.* 13. vid supra *d. C.* 5. *n.* 17. Sed ea non fiet, nisi patiente aut exigente reo, ut Donellus noster. Hoc enim jus rei caussa constitutum est, nec judex non rogatus officium impertit. Quod si reus non petierit, tunc omnino in rei vindicatione, petitione hereditatis, aut Commodati Judex damni rationem habebit. Æstimabit nimirum quanti vere intersit actoris damnum id datum non esse, in id reum condemnabit. Atque hic supererit actio Aquiliæ, qua consequuturus hoc minus quam ex caussa Commodati consequutus est *d. l.* 7. §. 1. *vers. ult.* Verum inquirendum quæ ratio istus remissionis ac cautionis præstandæ? Num quia necessitas superflui quod in Aquiliæ est æstimandi imposita Judici, id autem æstimari nequit nisi remissa Aquiliæ actione? Neutiquam. Satis enim superque ostensum est non modo necessitatem illam non esse Judici; sed nec id ullo modo salva natura actionis Commodati fieri posse. Quamvis igitur remittatur Aquiliæ, damni æstimatio vera solum fiet, quanti interest actoris; nihil ulterius. Sed hoc tribuitur reo, tum quia ad lites minuendas facit, tum potissimum quia is non temere id exigere videtur. Si enim hic animus actori, expedita Commodati, lege Aquilia experiri, interesse rei videtur ne aliquod ista in actionis Commodati condemnatione, etsi ad simplum fiat, *L.* 20. §. 4. *de pet. her.* futuro Aquiliæ judicio quasi præjudicium creetur. Nam etsi in Commodati, simpli solutione injuncta reo, non utique consequens eum ideo ipsum damnum dedisse ut Aquiliæ certo obnoxius sit, (quid enim si damnum id ex neglecta custodia evenit, quæ in commodati præstatur, in Aquilia impunis est?) Tamen vix est ut non aliquatenus saltem moveatur judex actionis seq. Aquiliæ judicato illo in priori Commodati judicio. Denique nec actori caussa denegandæ cautionis petitæ. Namque is certus est se ultra veram æstimationem damni nihil amplius actione Commodati consequi posse, quippe non ferente illius natura ut exinde reus in plus condemnetur. Quare si præterea pœnæ et lucri avidus sit, siquidem novit probationes graviores in Aquiliæ requisitas sibi suppetere, testetur malle se Aquiliæ actione uti, *L.* 14. *de R. V.* sibi integram esse actionem L. Aquiliæ *L.* 36. §. 2. *de pet. her.* omissa ejus rei æstimatione, id est solutione simpli quanti res vere est: ut ita absoluto reo ab æstimatione vera damni in persecutorio judicio, *integra* sit, *d.* §. 2. id est in solidum competat actio Aquiliæ. Quomodo quicquid est in Aquiliæ actione et ita accessionem una cum simplo consequetur, una potius quam distinctis pensionibus: una probatione quam diversis. Quod itaque actori conducit. Quod si probationes in Aquiliæ requisitæ non suppetant, quid est quod caussetur, aut quare renuet cavere se lege Aquilia non usurum? Electio itaque datur *d. L.* 14. *d. L.* 36. §. 2. an leviori et simpliciori probatione in Commodati judicio velit simplum et veram damni dati æstimationem solum obtinere, an graviori et exquisitiori postea suscepta, alio judicio Aquiliæ accessionem una cum simplo consequi, *d. L.* 14. Illud ut nanciscatur, satis est si ostendat rem integram ante fuisse, quæ nunc corrupta sit: cujus facto corrupta sit necesse non est ut doceat. Hac autem si simul potiri velit, oportet ut probet damnum id culpa Rei, nec quavis, forte in omittendo, custodia neglecta, sed in faciendo contigisse. Nec hoc modo quidquam imminuitur aut infringitur sententia nostra: Post reale judicium peractum, mixtum pœnale superesse. Quin magis adstruitur. Ea enim hæc vis: quod posteriori consequi id liceat actori, quod priori minus consecutus idem. Ac utique, si non præstita cautione omissaque ejus rei id est damni æstimatione, in persequutorio absolutus reus a resarcitione damni; post illud finitum, Aquiliæ superest, quæ et in solidum intenditur, et ea solidum consequitur actor, quia ejus damni nomine antea nihil consecutus est. Neque enim minus finitum istud absolutione rei, quam si is condemnatus fuisset, ut vel hinc satis Hortlederi opinio, ut ote sreuua ipsa non consistens refellatur. Sic si omissa quæstione remissionis (quod sæpe contingere potest reo non exigente) peractum judicium vindicationis vel Commodati, damno in hoc æstimato *d. L.* 13. et soluto simplo *L.* 20. §. 4. *de pet. her.* remanet Aquiliæ in eo quod incrementum est, et accessio simpli *d. L.* 7. §. 1. *in fin. Commod. L.* 34. *in fin. de O. et A.* Præstita autem cautione remissionis, et ita simplo solum æstimationis damni soluto, etsi Aquiliæ postea agi nequeat, non tamen inde, quod hæc vis sit finiti judicii Commodati ut Aquiliæ absorbeat (ita enim semper ea esset, quod certe falsum) sed quia integrum consecutus censetur. Non sane quod Commodati judicio una cum simplo accessionem Aquiliæ obtinuerit, ut Hortlederus: id enim ceu absurdum et iniquum abunde convellimus; sed quia simplo illo contentus reliquum remisit, ut ita satisfactio pro solutione sit. Quin eo ipso quod remisit, præsumitur quod nec competierit ei legis Aquiliæ actio, quia probationem ejus judicii recipere veritus est. Quare si postea Aquiliæ agere velit, removebitur non exceptione rei judicatæ, ut Hortlederus, sed exceptione pacti ac remissæ antea actionis, *L.* 24. *Cod. de pact.* Enimvero si novas postea nactus probationes, ad Aquiliæ peragendum, errorene aliquo actionem remiserit: utilitatis ratio exiget ut ei actio restituatur. Quando et ex caussa erroris comperti eandem quoque a-

ut in re a judice æstimanda deducatur id, quod commodator priore judicio consecutus: in reliquam accessionem ejus quod amplius in posteriore fuit, reus condemne-

ctionem sæpe referre et instaurare licet, ut *L.* 1. §. *ult. Quand. de pec. act. annal. L.* 13. *pr. de instit. act. L.* 4. §. *ult. Quod cum eo, L.* 13. *de O. et A.* Quo de Hot. *Ill. Q.* 29. *p.* 234. P. Fab. ad *L.* 43. *de R. I. p.* 216. Cabot. 1. *Disput.* 30. *pag.* 125. *etc.* 2.° Quæ legum earum quibus altera, una vel alterutra actione contentum fore actorem, si qua actum alias, tolli habetur, *ut supra h. N.* vers. *Diem in hisce etc.* sententia. Cujac. 3. *Obs.* 25. ita Res. ad *L.* 18. §. 1. *Comm.* si scilicet prius Aquiliæ, non Commodati prius actum, et ad *L.* 130. *de R. I.* Resp. Satis una etc. si scilicet prius graviori actum. Hanc res. recte refellit Hortleder. *d. Lib. C.* 3. tum quia eau divinatoria non recipienda, Nov. 107. *pr.* tum quia a verbis *d.* §. 1. aliena et pugnans. Verba enim *Si qua earum*, ait, differentiam omnem gravioris ac levioris actionis tollunt. Paulo tamen melius idem Cujac. 8. *Obs.* 24. ad alias LL. Resp. Una contentum, id est ut egisse mixta satis habeat, et si prius ex mere reali egerit et aliquid exegerit, ut eo minus mixta consequatur; et probat Obrech. *de Concip. libel. C.* 22. *n.* 42. P. Fab. ad *L.* 130. *de R. I. p.* 652. *et seq.* Quod dicitur: altera contentum; si qua actum etc. id omne cum hac moderatione accipi ut eatenus tollantur, quatenus ex priore judicio ad actorem pervenerit, non omnimodo, Rob. 2. *Rec. Lect.* 25. *in fin.* Si qua actum, alia tolluntur, nisi in plus competant, ut *d. L.* 18. § 1. subaudiendum. P. Frider. *Lib.* 3. *de Contin. caus. C.* 10. *n.* 15. Si qua etc. nisi minus actor consecutus. Et melior quidem horum, quam Cujacii prior solutio. Sed cum scrupulum non penitus tollat, ita malo. Quacumque actione, graviori natura sua aut leviori, mere reali aut mixta pœnali prius egerit actor: ea contentus esse debet, idest non debet aliam ad idem iterum consequendum intentare, non debet captatorie eam exercere. Ut ita *dd. LL.* idem dicant, quod juxta vulgarem acceptionem *L.* 43. §. 1. *de R. I.*, *L.* 53. *de O. et A.* et ita eam dubitationem removeant, an ne una expedita, quacunque sive ex gr. Commodati, sive Aquiliæ prius actum, altera tota supersit. Hoc negatur *dd. LL.* et dicitur quod una contentus sit etc. si nempe pluris non intersit alia agi. Neque diri debet non convenire ut restrictio hæc addatur. Quia frequentissimum est ut LL. aliæ ex aliis restrictionem accipiant. Ecquid mirum quinque leges generales nempe *L.* 18. *ad L. Aqu. L.* 25. §. 2. et *L.* 43. *Locati*, *L.* 50. *Pro. Soc. L.* 18. §. 1. *Commod.* recipere restrictionem ex aliis quinque legibus, nimirum *L.* 7. §. 1. *Commod. L.* 34. §. *ult. de O. et A.*, *L.* 2. §. 3. *de cond. furt. L.* 43. *et L.* 47. *pr. Pro. Soc.* Cum id in toto jure crebrum sit, potiusque attendendum quod ad speciem directum, *L.* 80. *de R. I.* Ac etsi *d. L.* 43. et 47 *Pro Soc.* sint de concurrentibus actionibus mere realibus, fortiorem tamen rationem esse, ubi altera mixta *supra*

ostensum est. Tanto scilicet quanto publice expedit pœna aliquem inconsulto facto adversarii non liberari, nec delicta etiam culpa omissa ferre auctores impunita. Et probe notandum quod nec in *d. L.* 34. §. *ult. de O. et A.* dicatur absolute remanere Aquiliæ, sed cum adjecto *in eo quod in repetitione etc.* Ubi ipsa quæstione innuit IC. Si nihil amplius in ista, eam non remanere. Quæ ergo inter hæc pugna? Regula est generatis quinque testibus adstructa: Ubi alicui et realis et mixta actio competit, una contentus sit, non utriusque commodo potiatur. Exceptio totidem LL. auctoritate nitens; nisi si quid in altera amplius sit, plurisve intersit, ubi altera adhuc ad id quod excedit, agitur. Exceptio enim hæc isti regulæ ineat, nec duæ regulæ contrariæ sunt. Nec regulæ isti solum sua vis constat in actione unius generis prius intentata, sed etiam alterius, et ita utrinsque. Et exceptio quoque ad utrumque genus pertinet. Regulare, inquam est, ubi Commodati actum, Aquiliæ tollitur. Constat et sua vis in pluribus casibus. Quoties scilicet et conventum ipsum dedisse damnum apparet, neque is inficiatur; ut dupli pœnæ locus sit, neque etiam res deteriorata in 30. diebus proximis majoris valoris fuit, quam esset cum corrumperetur. Quid enim si eo immo tempore plurimi fuit. His casibus contingere nequit ne posteaquam commodatarius judicio Commodati damnum sarcivit, id est æstimationem veram ac realem præstitit, Aquiliæ in superfluum supersit, quia nihil hic est quod sit in ea superfluum. Unde cautus IC. Paulus *d. L.* §. *ult.* non indistincte quærit, an post actionem Commodati Aquiliæ supersit, sed *an in eo quod in repetitione etc.* Quo ipso innuit: si in repetitione etc. nihil amplius sit: quæstioni suæ locum non esse, adeoque indubium fore quod Aquiliæ tunc non remaneat. Ubi autem res retroversus in diebus 30. pluris fuit, tunc regula officium suum perdente, exceptioni locus fit, ut ad id Aquiliæ supersit, *d. L.* 34. §. *ult.* quo hoc minus consequator actor, quam ex priori actione consequutus est *d. L.* 34. §. *ult. d. L.* 7. §. *ult. Comm.* Sic converso modo; Regulare est; Post Aquiliæ Commodati non superest *d. L.* 34. § *ult.* Hoc plerumque obtinet, quia ut plurimum aut plenior est, aut saltem non minor Aquiliæ quam Commodati. Et potest tamen evenire ut et hic regula cessante, exceptioni locus fiat, ac peracta illa, Commodati remaneat, si in ea quid quod ista consequi non liceat, natura judicii non ferente. Veluti si eidem rei commodatæ damnum aliud facto, et ita culpa in committendo, aliud neglecta custodia, culpa in omittendo illatum. In Aquiliæ illud solum æstimabitur, Superérit itaque Commodati ad alterum quoque sarciendum. Ne dixeris casum hunc alienum a præsenti inspectione esse, quasi hic nec initio concurrant Aquiliæ et Commodati. Nam immo ut concurrere dicantur actiones plures, non requiritur ut ex eodem facto

tur: idque ita explicatur in *L.* 1. *D. arb. furt. cæs.* atque hoc idem illud est quod Ulpianus in *d. L.* 7. *commod.* ait videri habere rationem. Et habet omnino, con-

sint; sed satis est si de eadem re, etsi ex factis pluribus. Sic enim si homo idem raptus et occisus *L.* 2. §. 1. *de priv. delict.* concurrunt actiones vi bonorum raptorum et Aquiliæ, quia utraque de eodem homine etsi non ex eodem facto etc. Sic itaque ut et in similibus ob aliarum præstationum conjunctionem pluris inter sse potest Commodati agi, quam Aquiliæ. Sed et Aquiliæ aliam condemnationem habet, scilicet in pecuniam quam Commodati rei vindicatio etc. Quocirca si vel domino laborandum ut res restituatur, vel commodatori ut quod commodavit recipiat, hoc Aquiliæ non præstabit. Et hic initio expediet intentare rei vindicationem vel Commodati, ubi si incidat quæstio damni dati, si petenti reo remittere actionem Aquiliæ actor renuat; etsi damni æstimatio non fiat, atque hoc nomine absolvatur reus *L.* 14. *de R. V.* condemnatur tam actori ut rem restituat in vindicatione vel reddat in Commodati qualis nimirum est. Simulque in ista actione in rem petitor dominus declaratur. Hoc enim si non fieret, Aquiliæ postea actione obtineri non posset. Quippe natura ejus judicii non est ut in eo actor dominus declaretur etc. Jungo dicta *Supra h. N. vers. Hac is intendit* etc. Satis hæc de dd. LL. econ. Qui confirmatur et ex *L.* 5. §. 1. *de calum.* ubi concurrunt condictio ob turpem caussam mere realis, et actio calumniæ, quæ mixta. Ac æque dicitur sufficere *alterutra* actio; cum tamen si eius condictum, remanere alteram in superfluum ipsius Hortlederi sententiæ consequens sit. Quia neutra earum actionum vel bonæ fidei vel arbitraria. Plane quod ad *L.* 27. §. 11. *ad L. Aq.* attinet, et alia accommodanda responsio. Nam et ibi vocula *vel* iterata arguit nec concurrere ex locato et Aquiliæ, sed disjunctim competere. Vid. *supra* §. *lit. A.* Et merito noxæ dedito servo, altero judicio amplius agi nequit; quia nec ex servi facto in amplius teneri potest dominus quam ut noxæ dedat. Ea deditione liberatur, *L.* 1. *de nox. act.* et *sim.* Quare eo casu non est plus in Aquiliæ quam in actione ex locato. Fac *L.* 2. §. 5. *in fin. de privat. delict.* 3.° Nunquid *vers. ult. L.* § 1. *Commodi* diversam interpretationem recipiet. Nostra enim satis adstructa est. Nunc agemus. Haud inficiemur voculam *nisi* sæpe esse redarguentis, ac ceu improbabile respuentis. Sed tunc aut ipsa reprobatio subjungitur, aut ex præcedd. sensu aperte liquet de mente loquentis Sed eo locus vix opinor proferri potest, nec prolatus sane, ubi quid subjiciatur quod vel speciem solum approbationis habeat. Et loci itaque adducti et relati *supra h. N. versic. sed illis frequens* convellunt potius hanc expositionem *d. vers. ult.* Deinde quam hæc consona sunt. Ratio in verbis extremis *d. vers. ult.* denotat juxta Hortlederum juris regulam eam, qua una actionum quæ ad diversa tendunt instituta, altera adhuc quod in ea amplius est, exsequi licet. Et tamen vers. *ni*si. non approbationem habet juxta eundem, sed derisionem et rejectionem. Atque hoc solens Jurisconsultis, ut opinionem aliquam quæ regulæ juris innititur derideant ceu absurdam. Largior hoc fieri, ut non approbent semper, ut dicant ita rationem facere, sed aliud utilius esse vel benignius. Verum ut ceu absurdam exagitent vix ostendes. Atqui ubi vocula *nisi* reprobantis est, ut in adductis exemplis (licet quo quidem ad *L.* 15. *de præscriptis verb.* sub judice lis sit, ipseque in contrarium proclivior sum) plerumque ironicam derisionem conjunctam habet. Et cur hic ita luderet lectorem Ulpianus nec subjiceret clarius quid sentiret, forsan ita; quod videtur sane habere rationem; sed aliter dicendum. alia sententia utilior etc. *arg. L.* 3. *ult. L.* 4. *de in rem verso L.* 1. §. 3. *Si pars. her. pet. et simil.* At dicit, Ratio ibi opponitur æquitati. Resp. Nulla oppositio, quia *d. vers. ult.* nec in quicquam contrarius decisioni præcedenti, sed eam declarat solum, non corrigit. Ostendamus paucis quomodo præcedentibus accommodetur. Nam in ipsa sententia per se *d. vers.* cum aliis mihi convenit, atque clara firmata est. At qui ad præcedentia se referat, nondum clare forsan expeditur. Ita sentio. Dixi *supra d.* §. 1. *vers.* 1. proposui quæstionem et decidi vid. *supra h. N.* vers *Sequitur* *jam* etc. In vers. *nam etsi* ea decisio e simili et furtiori corroboratur, ut *ibid.* Dixi itidem autem *h. N* vers. *Nam solutio illa* etc. quod *d. vers.* 2. habetur, remitti actionem, id accipi debere in totum, omnino, non ex parte. Connectitur itaque *d. vers. ult.* et se refert ad *vers.* 1. decisionem (quia versic. medii verba ita se habent ac veluti parenthesi inclusa forent) hoc modo: Cedenda sane commodatario ei qui damnum sarcit, quod non ipse, sed socius ejus ac correus dedit, Aquiliæ actio, qua recipiat a socio damni auctore quod Commodati judicio actori præstitit ut servetur indemnis. Sed hoc sic moderari decet, ut cedatur ita ut non integrum cessæ actionis commodum transeat ad istum; ita equidem cessa Aquiliæ actione agens plus extorqueret a socio quam ipse commodatori præstitit; ita in lucro indebite constitueretur, quod ratio recte non admittit. Quocirca recte quis dixerit, cessa quoque actione isti, cum cedenti adhuc directa adversus auctorem damni maneat: illa *enim agendo e lege Aquilia* actione scilicet directa, quæ cessione non translata, *hoc minus consecuturam quam ex caussa Commodati* ab altero commodatario qui damnum non dedit, *consecutus est*; scilicet veram æstimationem damni illati, quam is ob communionem obligationis præstare compulsus fuit. *Quod videtur habere rationem* et generalem, ne ita non integrum consequatur actor, ad quod utraque illi actio data fuit; et specialem, ut exposui, ne id superfluum Aquiliæ commodo alterius, cui non convenit cedat. 4.° Quia sensus vexatissimus verborum *L.* 34. §.

gruitque cum eo quod idem Ulpianus generaliter definit de liberatione rei solutæ in *L. etiam.* 27. *D. de sol.* his verbis: *Etiam circa stipulationem, et ex testamento actionem, si res tradita fuerit quæ debebatur, quandiu aliquid juri rei deest, adhuc tamen res ipsa petenda est: utputa,* inquit, *possum fundum petere, licet mihi traditus sit, si jus quoddam cautionis supererit.* Sed quid necesse est totius rei actionem integram manere, et ex ea totam rem peti, ubi constet rem debitam maxima ex parte esse præstitam? an non potius sufficit peti, quod deest? Eo fit, quia quod deest accessio est rei ante solutæ: cui accessioni locus esse non potest, nisi et de re ipsa principali tota actionem reliqueris, ut per hanc etiam ad accessionis petitionem perveniatur. Hinc jam efficitur summa hæc sententia: quoties ex eodem facto exsistunt duæ pluresve actiones, quarum in una aliquid amplius sit quam in altera; si majore prius actum erit, minorem in totum consumi: si prius minore, majorem etiam nunc remanere; sed (17) hactenus, ut ea solum consequamur, quod amplius est, deducto eo quod priore sumus

*ult. de O. et A. quia simplo accedit. etc.* omissis aliis, duas referam interpretationes optione data utram voles sumendi. Una ante aliquot annos a Viro Cl. et nunc quidem Consiliario Elect. Sax. amplиss. Josepho Avenario IC. fautore amicoque meo veteri in Disputatione sua inaugurali proposita his verbis: Subducitur simplum, aut per Commodati, aut per L. Aquiliæ actionem. Simplo subducto per Commodati actionem, remanet legis Aquiliæ non quidem in totum, sed in eo tantum quod amplius est. Simplo autem subducto per Aquiliæ actionem, comprehenditur simul id quod amplius est, neque denuo locum habet L. Aq. actio (ut illic) *in eo quod in repetitione* 30. *dierum amplius est.* Hoc enim residuum ita cum suo simplo conjunctum est, ut ab eo divelli nullo modo possit, ut neque simplum ab illo, habita L. Aquiliæ ratione. Semel itaque intentata Aquiliæ, tangit quoque et secum trahit ex sua natura, ultra simplum etiam residuum (non quod simplum idem sit cum residuo, aut totum id quod in actione L. Aquiliæ venit, simplum sit ut Rob. 1. *Animadv.* 29. tunc enim hæc efficeretur simplaria, neque relinqueretur mixta, ut disputat Mercat. 1. *notar.* 29. *contra Rob.*) adeo ut nequidem necesse sit, subducto simplo, Aquiliæ actionem remanere aut locum habere in residuo. Hæc ille. Altera nostra hoc modo: *Quia simplo* quod Commodati judicio extorsit actor, *accedit*, in proposito, actio legis Aquiliæ. Quasi dicat IC. quæstio nobis mota est non indefinite, sed ubi quid amplius est in Aquiliæ. Hic dicendum quod non simplo, vera æstimatione damni, præstito sit contentus actor, sed accedit, una ei datur, superest Aquiliæ *et simplo subducto locum non habet.* Hoc est. Et si alias regula sit quod si qua harum actionum expertus actor, alia locum non habeat, tamen ea regula non perpetuo viget, sed *simplo subducto,* id est eo casu quo nihil amplius est in Aquiliæ actione quam Commodati judicio obtentum est: quando scilicet retroversus 30 diebus res cui damnum illatum, non fuit pluris; quia hic plane ejusdem vis et Aquiliæ, idemque persequitur quod Commodati. Tunc enim vere subducitur simplum, cum nihil præterea, vel alia actione, debetur, cumque ejus obligatio omnis extinguitur, argum. *L.* 4. verbis *morte subducti. C. Si reus vel accus. mort.* Ast ubi in Aquiliæ adhuc amplius est, non *subducitur*, non plane perimitur. Deducitur enim una cum incremento in Aquiliæ actionem, licet eo usque Judex non condemnet, exceptione doli objecta etc. Enim vero quod Hortlederus vult removeri hic Aquiliæ agentem exceptione rei judicatæ, admitti nullo modo potest, nec si vera in aliis ejus esset sententia; quia exceptio rei judicatæ nunquam datur condemnato *L.* 16. *de exc. rei jud.* Et si vera in aliis esset ejus opinatio, vel danda foret exceptio pacti aut remissæ actionis per *L.* 24. *C. de pact.* vel, quod magis est, ipso jure non teneret posterior actio, solutione perempta per *L.* 18. §. *ult. de const. pec.* Postremo videbimus, num hujus juris, quod mixta actio quoties est plenior mere reali, in eo quo eam excedit, post illam remaneat; restrictio sit, nisi actio mixta arbitraria. Quamvis hoc non attigit Hortlederus. Ita volunt Cujac. 8. *Obs.* 24. *et ad L.* 130. *de R. I. pag.* 319. *et seq.* P. Fab. ad *d. L.* 130. *p.* 553. Obrecht. *de Concip. libell. C.* 22. *n.* 40. *per L.* 9. §. 4. junct. §. 6. *Quod met. ca. L.* 21. §. *ult.* speciem habet, ubi non concurrunt actiones sed disjunctim competunt, vid. not. *supra N.* 1. *et* 4. Ast *d. L.* 9. §. 4. *et* 6. omnino sane probant et concurrere actionem in rem; ac Quod metus caussa, et post illam quæ persequutoria; hancque mixta, finiri. Verum ratio quam proferunt citati cur finiatur, rem expediet. Dicunt, quia re restituta, nulla adest contumacia rei, cujus pœnam sufferre debeat. Triplum autem in quo Quod metus caussa excedit actionem in rem, est pœna contumaciæ. Rectissime. Sed hinc sequetur nihil hic peculiare arbitrariæ mixtæ. Antea enim ostensum est, quod post persequutoriam superest mixta, non indistincte obtinere, sed iis solum casibus quibus hæc illa plenior. Hoc autem casu, quando alicui in rem agenti res restituta est, non potest dici quod actio Quod metus caussa concurrens plenior sit. Plenior enim est sub ea solum conditione si reus sit contumax futurus. Re restituta, certum est eam conditionem existere non posse. Ergo.

(17) Ita et Cujac. 3 *Obs.* 25. scribens quod prius intentata levior actio posteriorem pleniorem delibet, non consumat, Cabot. 1. *Disp.* 30. *p.* 167. P. Fab. ad *L.* 130. *de R. I. p.* 552. Obrecht. *de Concip. libell. C.* 22. *n.* 57.

consecuti. Quod Paulus aliis verbis sic expressit in *L. qui servum*, in pr. *D. de obl. et act.* Licere actori quam voluerit actionem ex his prius exercere: quod autem amplius in altera est, etiam hoc exsequi: nempe posteriore actione in totum agendo, ut tamen id solum, quod amplius est, consequatur: sententia constanter tradita his locis, *d. L. qui servum*, *L. quoties*, (18) §. 1. *de obl. et act. L.* 1. *D. arb. furt. cæs. L. unde*, 7. in fin. *D. commod.*

XVIII. Quod si plures actiones circa eandem rem concurrentes omnes erunt pœnales, quæ quarta et postrema species hujus generis a me supra posita est: si quidem simul cum pœna rei persecutionem continent, veluti si concurrant vi bonorum raptorum, et legis Aquiliæ actio adversus eum qui animal rapuerit, quod et postea occidit: hactenus plures sunt actiones ejusdem rei nomine: quamobrem et in his hactenus superioribus regulis æquitatis utemur, ut hactenus una tantum experiri, una tantum contenti esse debeamus, una hactenus alteram consumat, *L. nemo ex his*, §. 1. *D. de reg. jur. L. sed actione*, 50. *D. pro soc. L. qui servum*, §. 1. *de obl. et act.* Neque intererit utrum plures istæ pœnales ex eodem facto nascantur, an ex pluribus, quales sunt superiores quas modo dixi. Stat enim semper etiam in his illa æquitas præstationis quæ dictat bonam fidem non pati ut bis idem exigatur. *L. bona fides*, *D. de reg. jur.* Nam quod Ulpianus scribit in *L.* 2. *D. de priv. del.* in eo qui hominem rapuit et eundem postea occidit, etsi fuerit ei condictus homo ex caussa furtiva, nihilominus lege Aquilia agi posse: sic interpretandum est ut possit agi, quatenus in ea est amplius aliquid, ex *L. qui servum*, in pr. *D. de oblig. et action. L. non solum*, *D. de rei vind. L.* 1. *D. arb. fur. cæs.* Cum autem in pluribus istis actionibus pœnalibus aut non inerit rei persecutio, aut extrinsecus solas earum pœnas spectabimus: videri jam ex contrario possunt eatenus diversarum rerum actiones esse, ut proinde omnibus liceat experiri, cum de pœna agetur. Sed hoc non ita est. In eo hæc distinctio (19) probata est, ut intersit utrum ex pluribus factis totidemque delictis nascantur hæ actiones, an ex uno facto quod plura delicta in se habeat. Si ex pluribus factis ac totidem separatis delictis; tum sane plures actiones singulorum delictorum nomine competentes plurium rerum actiones sunt. Singulorum enim factorum sua pœna et coercitio est, quam unaquæque actio separatim persequitur. Hic locum habet definitio Ulpiani tradita in *L.* 2. *D. de priv. delict.* in hæc verba: *Nunquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur: neque enim delictum*, inquit, *ob aliud delictum minuit pœnam.* Plura delicta intelligit plura facta, seu plura delicta diversis temporibus admissa, ut ipse declarat subjectis exemplis. Quæ duo apud eum prima sunt, his nunc contentus ero. *Qui*, inquit, *hominem surripuit et occidit; quia surripuit, furti; quia occidit, Aquilia tenetur. Neque altera harum actionum alteram consumit.* Idem dicendum, si rapuit et occidit: nam et Vi bonorum raptorum, et Aquilia tenebitur. Quod si in uno facto plura delicta erunt, unde et totidem actiones pœnales: etsi hæ singulæ suas pœnas jure distinctas habent, non tamen hic plures res versari putantur, sed una: nempe ut factum per se unum est, ita et ejus facti una coercitio, utcumque pluribus pœnis pro arbitrio agentis coerceatur. Ideo et hic una tantum actione experiri nos posse placuit; ut quantum pœnæ nomine ea actione consecuti fuerimus, non possumus consequi altera. Hæc sententia est definitionis

(18) At quid est quod *d.* §. 1. si tantundem, aut minus id consequatur. Resp. Sane Cujac. 3. *Obs.* 25. 15. *Obs.* 23. et 1. *not. Mercat.* 29. pro *id* reponit *nihil.* Ac sequuntur Hot. *Ill. Q.* 29. *p.* 237. P. Fab. ad *L.* 130. *de R. I. p.* 155. Balduin. *de L. Aq. p.* 236. Lud. Vital. 1. *Var. Lect.* 3. *n.* 7. et 2. *Lect.* 25. *n.* 8. Obrech. *d. C.* 22. *n.* 25. P. Frid. *Lib.* 3. *de Cont. causs. C.* 11. *n.* 4. Ast receptam tuetur lectionem Rob. 2. *Rec. Lect.* 25. *sub fin.* et 1. *Animadv.* 29. Sed vereor ut interpretetur apposite. Mihi sententia hæc videtur: ubi ex eodem facto duæ actiones quibus non idem plane petitur, tunc una actione instituta et peracta, semper superest altera, sive in ea plus sit quam in priori, sive *tantundem* (modo tamen non *idem*) aut minus. Ut sive graviori sive leviori prius expertus actor, et inde quod in ea actione fuit, consecutus; altera supersit ad id quod per illam nondum adeptus est, quantumcunque id sit: ita ut condemnatio posterior, pro rei qualitate, priori modo uberior sit, modo æqualis, modo minor.

(19) Ut altera in solidum supersit, nec solum quatenus plus in ea, vel aliam excedit. Et in universum tuendum est, ubi duæ pœnales actiones sive ex pluribus factis sive ex uno, modo plura delicta sint (etsi in hoc postremo dissentit Donellus et alii) quatenus pœnam utraque persequitur, eatenus semper unam post aliam superesse, per *L.* 130. *de R. I. d. L.* 2. *pr. de priv. delict.* Nam etsi *d. L.* 2. §. 1. et 2. exempla refert ubi et plura facta et delicta: ratio tamen quæ in pr. generalis et universaliter concepta per voco-

ejus, quæ in hoc genere traditur in *L. plura*, 53. *D.* de obl. et actionibus. *Plura delicta*, inquit Modestinus, *in una re plures admittunt actiones: sed posse nos omnibus uti probatum est.* Num ergo superiori definitioni adversatur, postquam apud utrumque definitio de pluribus delictis nominatim concepta est? Minime. Non enim Modestinus simpliciter nominat plura delicta, sed addit (20) *in una re:* quod valet, in uno facto, seu ex uno facto. Exemplo rem declarat Paulus in *L. qui servum*, in pr. *D. de obl. et act.* simul quomodo intelligenda sit superior definitio ostendit: *Qui servum alienum*, inquit, *injuriose verberat, ex uno facto incidit et in Aquiliam et in actionem injuriarum:* et ideo possunt utræque competere. Quid ergo, cum unaquæque competat in viginti, an sic dominus utraque experiri poterit: ut consequatur quadraginta? Immo, ait Paulus, ubi in una nihil amplius est quam in altera, una alteram consumet. Quo significatur id quod superiore definitione Modestini comprehensum est, non posse nos in hac specie uti omnibus istis actionibus. Sed addit Paulus, sic in his una alteram consumi, nisi cum una prius actum esset, in altera quæ restat sit aliquid amplius: tum et posteriore agere licere, sed ut quod amplius est solum consequamur. Quod temperamentum et in definitione Modestini intelligendum est. Neque verba repugnant: quod enim ait non posse nos uti omnibus, sic interpretandum est, ut non possimus uti indistincte et pro arbitrio, puta etiam in eam summam quam semel una aliqua consecuti fuerimus: non etiam ut non liceat consequi quod nobis ex una amplius debetur. Idque etiam suadent illa verba definitionis initio posita, cum se loqui ostendit de pluribus delictis in eadem re: quæ verba et ad factum unum et ad summam unam pariter recte referuntur.

lam *nunquam* item *ullius.* Ubi autem unum factum et unum delictum, regula quidem *d. L.* 32. *de O. et A. omnibus experiri permitti.* Sed eam ita accipit Obrecht. *d. C.* 22. *n.* 23. modo posterior plus quam prima contineat, *L.* 1. *et pen. arb. furt. cæs. etc.* Quomodo et P. Fab. *ad L.* 130. *de R. I. p.* 550. Et ita Cujac. 8. *Obs.* 34. *et ad L.* 130. *de R. I.* Omnibus uti licet *d. L.* 32. si prius leniori egeris; una solum, si prius graviori. Confer Hot. *Ill. q.* 29. Cabot. *Disp. ult.* Quomodo perinde erit sive regula sit affirmativa, juncta exceptione negativæ; sive regula negans, juncta exceptionem affirmante. Sed magis puto alium esse sensum *d. L.* 53. *ut supra. N.* 4. Posset dici in *d. L.* 32. vim voculæ *experiri* esse ut persequatur actor omnibus quod habere debet; et quod per unam non consequitur, alterius ope eum consequi. In *d. L.* 53. v. vocula *uti* plenum actionis utriusque commodum denotari. Sed hæc arguta forsan magis quam solida.

(20) *Cujac.* 8. *Ob.* 24. *et ad L.* 130. *de R. I. p.* 317. *et seq.* Exponit *in una re*, id est facto et crimine. Et P. Fab. *ibid. pag.* 550. ex sequentibus verbis probat, quod de uno facto loquatur. Exemplum subdit *ibid. et pag. seq.* Plane Rev. *ad L.* 130. *de R. I.* vult pœnalibus actionibus concurrentibus ita locum esse, ut non omnibus experiri oporteat sed, alterutra intentata, quod in aliis amplius officio judicis exequi liceat, ut id cum actione concurrat. Ita accepit *d. L.* 34. ut et *L.* 53. *pr. L.* 41. §. 1. *de O. et A.* Et regulam *d. L.* 130. *de R. I.* refert ad officium judicis. Quo cessante, ait certum esse alteram actionem consumi. Sed hæc opinio et aliis LL. convellitur et per dicta *supra N.* 16.

## C A P. IV.

### Quid sit restitutio in integrum: quod genus hic actionis: quæ hujus actionis recta institutio.

*Transitio, et methodus.* I.
*Restitutio in integrum quid sit. Constat amissione rei sive causæ ejusque redintegratione. Explicatio utriusque.* II
*Restitutionem in integrum non proprie actionem esse, sed figura orationis talem nuncupari.* III.
*Superiorum cognitio cujus sit usus.* IV.
*Summa juris de hoc actionis instituendæ genere constituti.* V.
*Opportuna collocatio hujus tractationis.* VI.

I. Quæ essent juris nostri integri actiones quæ eædem jure communi recta competunt, nulla præcedente restitutione magistratus; quæ earum genera essent tum in rem tum in personam, et in singulis quæ recta judicii institutio, hactenus pro natura cujusque generis satis dixisse videmur. Restat ex duobus illis generibus summis actionum quæ a me initio proposita sunt, alterum earum quas juris nostri amissi actiones esse diximus. Est enim, cum rem nostram ejusque rei actionem jure communi amittamus: sed

extraordinario auxilio succurratur nobis, ut restituatur jus vetus; quo restituto, idem illud quod rebus integris futurum esset, obtineamus. In hoc genere sunt hæ quas dico actiones. Quæ quia obliqua via eodem perveniunt; ideo et has obliquas juris nostri persecutiones, ut priores illas rectas, non male nominari posse adjecimus. Extraordinarium hoc auxilium eaque obliqua via eodem perveniendi, est restitutio in integrum magistratus; quam dum agendo petimus eamque impetramus, fit ut per hanc reliqua juris nostri veteris simul consequamur. Ergo hæc pars est, quæ continet (1) in integrum restitutiones: in quibus ipsis persequendis et obtinendis ut versatur tota, ita et in his ipsis ejus vis et potestas est. Quod cum ita sit, qui quæ sunt propria restitutionis in integrum noverit, idest quid sit in integrum restitutio; quibus ex caussis quæque tribuatur; quæ ejus postulandæ et ordinandæ recta ratio; idem quodnam sit hoc genus actionis de quo quærimus, quidque in hac parte versetur, noverit. Quapropter hinc ordiemur.

II. Restitutio in integrum sic definitur in *L. 2. C. in quib. cau. in integ. rest. nec. non est* amissæ caussæ redintegratio. Itaque in integrum restitutio duabus rebus continetur; videlicet caussa amissa, et hujus caussæ integratione. Primum hoc statuendum est nullam esse in integrum restitutionem nisi rei et caussæ (2) jure amissæ: ut quotiescumque jus nostrum nobis integrum est, illic cesset in integrum restitutio, *d. L. 2. et toto t. C. in quib. cau. in int. rest. nec. non est*, *L. in caussæ*, 2. *D. de minor.* Quod et verbum restitutionis in integrum satis per se indicat. Non enim dici potest restitui in integrum nisi quod prius integrum esse desierat, idest amissum erat. Quocirca non recte Paulus *lib. 1. recep. sent. tit. de integri restitutione*, certe parum commode restitutionem in integrum quæ ubique cum in Pandectis tum in Codice ita nominatur, vocat *restitutionem integri*. Necesse est enim his verbis intelligi restitutionem integri sub significatione aut activa aut passiva. Activa, ut intelligatur restitutio quæ id quod integrum est, restituit: passiva, ut intelligatur restitutio qua id ipsum integrum restituitur. Quorum (3) neutrum dici

(1) Restitutiones in integrum extraordinariæ sunt persecutiones et cognitiones prætorum ab ordinario jure distinctæ, quia judex pedaneus de iis disceptare non solebat. Ideoque Prætor non dicit se judicium daturum, sed animadversurum, *L. 1. §. 1. de min.* Cujac. *ad Rub. D. h. t.* Hort. 7. *Obs.* 4. P. Fab. *ad L.* 183. *de R. I.* Anton. Fab. 7. *Err. Prag.* 1 et 4. *Conject.* 17. Vaud. 1. *Q.* 10. *n.* 13. *et seq.* Et competunt hæ restitutiones contra jus commune, scilicet strictum et summum, non contra jus simpliciter quod ex æquitate potissimum æstimatur, Anton. Fab. *ad L.* 1. *et* 2. *h. t.* Vel contrariæ sunt juri communi, quatenus gesta quæ eo jure subsistunt, rescindunt ac infirmant: ex jure autem communi inductæ, quia Prætoris edictis inventæ, quæ partem juris communis faciunt, quomodo opinionem Zas. 1. *Intell. Singul.* 20. *n.* 8. ex jure communi eas esse contendentis cum DD. vulgo contra statuentibus, vid. Walth. 1. *Misc.* 12. conciliat Jo. Mauric. *h. Tr. de Restit. in int. Cap.* 2. *n.* 7. *et* 8. Nec quia extraordinaria hæc remedia, ideo injusta aut juris regulis adversa; sed imo illis consentanea. Fr. de Caldas *ad L.* 3. *C. h. t.* verbo *implorare in integrum restitut. n.* 8. Et Prætor naturalem æquitatem secutus, *L. 1. pr. de minor.* Quamquam enim præcipuæ quoque æquitatis sit gesta, maxime conventa, servare. *L. 1. de pact.* id tamen in genere æquum est et de pactis licitis, non in specie de iis, quæ læsionem et damnum alterius continent, *L. 14. de cond. ind.* Sfortia Oddus *h. Tr. de Restit. in int. P.* 1. *Q.* 1. *Art.* 14. *n.* 97. Jo. Mauric. *d. C.* 2. *n.* 10. Naturalis quippe æquitas ex cujusque negocii circumstantiis æstimanda. Æquum est servari quod convenit; sed æquius est quod cum minore gestum est in ejus damnum non servari. Quin nec Philosophi hac de re consulti aliud dicerent; ita Duar. *ad t. D. de minor. in pr.* Quare favorabiles sunt non odiosæ, Odd. *d. Art.* 14. *n.* 98. adeo ut semper in dubio concedendas tradant, Caldas *d. lo. n.* 6.

(2) Male Ant. Fab. ad *L.* 16. *pr. D. de min.* Ubi ipso jure gesta non tenent, non debere quidem dari, *d. L.* 16. *pr.* sed posse ex abundanti et non necessario *L.* 2. *L.* 11. *C. de præd. min.* eo quod nulli injuriam faciat prætor. At imo non debere et posse contraria sunt. Quod enim non debet fieri prohibitum; quod potest permissum. Et absurda collectio ex *d. L.* 2. verbis *non necessaria*, et *d. L.* 11. verbis *supervacuum est*. Quæ imo ipsa arguunt restitutioni plane locum non esse. Nemo enim supervacua cautione onerari debet, *L.* 14. §. 1. *Ut leg. nom. cau.* Atque ut natura nihil frustra facit, ideo quia ceu sapientissima semper fine movetur, Scal. *de Subtil. Exer.* 61. ita et leges, ceu consulta virorum prudentum, nihil temere admittunt. Nec lites et judicia sine necessitate institui sinunt. Quin nec ipsa res restitutionem capit, si nihil amissum, sive natura sive jure, vid. *infra C.* 9. Et quod nullum est rescindi nequit *L.* 5. *de inj. rup.*

(3) Immo passive, sic non inepte dicitur uti et in *L.* 34. §. 1. *de injur.* Integri quia scilicet quod amissum est, non ex parte sed totum, seu integrum restituitur. Et ut brocardicum illud habet: Quantum abstulit læsio, tantum resarcit restitutio.

potest de hac restitutione. Nam neque res sive integra sive amissa restituit, sed magistratus: neque res integra restituitur, sed amissa. Quid sibi vult igitur quod dicitur in *L. nemo, D. de in integ. rest.* neminem videri re exclusum quem prætor in integrum se restituturum pollicetur? Significat, etsi omnis restitutio est de re jure communi amissa, qualem nunc statuimus: non ideo tamen eum cui restitutio in integrum jure tribuitur, simpliciter re exclusum videri. Nam quod jure communi amisit, salvum habet beneficio prætoris, si in tempore postulet in integrum restitutionem. Quod quia facere potest: quandiu non facit, pendet saltem an postea postulet: ac dum id in pendenti est, interim recte dicitur eum non videri re exclusum: qui in integrum restitutionem postulando vere consecuturus sit ne rem amittat. Habet præterea in integrum restitutio id quod verbum præcipue ostendit, hujus ipsius amissæ caussæ (4) redintegrationem. Redintegrare est rursum integrum præstare quod integrum esse desierat, valetque idem quod in integrum restituere. Significatur autem utroque, rem amissam in eum locum et statum restituere qui futurus esset, si non esset amissa: quæ vis est et effectus restitutionis omnis in integrum, *L. unica, C. de repu. quæ fiunt in jud. in int. rest. L. quod si minor. §. pen. D. de min.* De quo pluribus dicetur in restitutionibus minorum. Hanc autem restitutionem caussa cognita (5) tribuit magistratus, *L. 2. C. si ad rem jud. L. 2. C. si ad fis. L. in caussæ, 1. §. ult. D. de minor.*

III. Ex quo intelligitur, si proprie loqui volumus, restitutionem in integrum (6) actionem non esse. Neque enim agit magistratus cum restituit aut aliter judicat, sed apud eum agitur, ut fit in reliquis judiciis. Quid est igitur quod in hac parte de in integrum restitutionibus actionem juris nostri amissi versari dicimus? Nempe hoc est. In integrum restituit magistratus: sed ita si ab eo desideretur, imploretur, postuletur, petatur in integrum restitutio: tot enim verbis in eadem re juris auctores utuntur. Hæc postulatio et petitio (7) actio est in qua de restitutione in integrum agitur: indicat *L. non solum. §. est et casus, D. de proc.* Quo magis intelligitur verum esse id quod modo dixi, restitutionem ipsam in integrum actionem non esse. Nam postulatio et persecutio in integrum restitutionis est privati litigatoris: hic enim restitutionem postulat

(4) Definitio vulgaris hæc est: in pristinum statum repositio, quam tuetur Sfortia Oddus *h. Tr. P.* 1. *Artic.* 4. Mauric. *C.* 1. *n.* 1 reprobat Rebuff. *h. Tr. Tomo* 2. *const. reg. in Præf. n.* 4. *et* 5. definiens *n.* 3. quod sit ad rem et jus pristinum reductio. Fr. de Caldas ad *L.* 3. *C. h. t.* verb. *implorare in integrum restitutionem n.* 4. ita perfecte definiri censet: Auxilium Prætoris minoribus concessum, facilitate sua vel adversariorum dolo læsis, intra tempus legitimum implorandum, per quod pristinum jus recuperant. Cujus definitionis verba deinde fuse exponit.

(5) Ut scilicet justitiam caussarum examinet an veræ sint *L.* 3. *h. t.* Ubi voculam *et* interjiciunt, tanquam repetendam ex postrema præcedentis vocis syllaba, quod id frequens sit Pand. Florentinis; P. Fab. ad *L.* 183. *de R. J. initio*, A. Fab. ad *d. L.* 3. et Rad. Forner. 1. *Rer. Quotid.* 19. Ut sensus sit duplicem caussæ cognitionem esse. 1.° Sitne justa caussa 2.° Sitne vera. Ut veritas facti et æquitas juris concurrant, quæ duo in judiciis spectantur, Cic. *ad* 9. *Att.* 15. Caussam habuisti et veram et bonam. Quos lapides angulares judicii vocat Bald. *in C. quoniam* 11. *de probat.* Verum et non inserta vocula *et*, salva hæc sententia. Frequens enim conjunctiones omitti. Ad hæc veritas quoque bonitatem caussæ et justitiam significat, vid. Henr. *Lib.* 2. *Schediasm.* 6. Et justitia caussæ veritatem facti continet, ut multis exemplis ostendi posset, si liberet aut vacaret.

(6) Nisi dicas actionem apud Paul. *d. §.* 1. non significare jus persequendi in judicio etc. quomodo prætor dat actionem apud pedaneum judicem intentandam, sed legis actionem, ut Baro in *L.* 2. *h. tit.* Quod mihi non placet.

(7) *L.* 16. *pr. de minor.* vi *alia actio*, etsi Walth. 1. *Misc.* 31. quosdam codices habere *aliqua* scribat, quod et probat, vid. *supra Lib.* 19. *Cap.* 1. *n.* 11. *circa med.* Sed restitutionem hanc non actionis via, sed imploratione officii judicis peti debere vult Mauric. *C.* 11. Meichsner. *Tomo* 4. *Decis. cam.* 36. *n.* 10. Octav. Vestr. *Lib.* 8. *Pract. aulæ Rom. C.* 3. *n.* Sich. *ad. Rub. C. h. t. n.* 1. Et communem omnium conclusionem vocat Sfortia Oddus *P.* 1. *Q.* 35. *Art.* 6. Atqui et hæc, generalius saltem, actio est, vid. *d. C.* 1. *N.* 10. An prohibita vel negata statuto actione, et hæc restitutio, vid. Oddus *P.* 1. *Q.* 45. *Art.* 4. et num non petita officio judicis concedi possit, idem *p.* 1. *Q.* 31. *Art.* 1. Plane et in modum exceptionis vel contradictionis proponi potest *C. caussa restitutionis. extr. h. t. L.* 28. *§.* 5. *Ex quib. caus. maj. L.* 9. *§.* 4. *de jurej.* et arg. *L.* 8. *§.* 13. *de inof. test.* et per *L.* 156. *§.* 1. *de R. J.* Duar. *ad tit. Cod. de restitu. mihi fol.* 131. Ant. Fab. *ad. L.* 16. *pr. hoc tit.* Rebuff. *h. Tr. Gl.* 2. *n.* 26. Odd. *d. Q.* 35. *Artic.* 7. Wesen. *Cons.* 42. *n.* 103. Franc. de Caldas. *ad L.* 3. *Cod. hoc tit. in definit. verb. implorandum n.* 2.

et de ea agit cum adversario. Restitutio est ejus qui restituit, idest magistratus. Item postulatio et actio in integrum restitutionis est res qua petimus in integrum restitutionem; restitutio res ipsa quam petimus. Quemadmodum igitur in cæteris actionibus omnibus nunquam actio et res petita sunt eadem: sic nec eadem esse possunt postulatio seu actio in integrum restitutionis et in integrum restitutio. Sed figurate restitutio in integrum dici potest actio, quæ est de hac ipsa restitutione: vel ut ex parte totam actionem intelligamus συνεκδοχικῶς; vel ut ex contento actionem quæ continet in integrum restitutionem μετωνυμικῶς. Quemadmodo supra diximus stipulationes prætorias actionis verbo subjici in *L. actionis. D. de obligation. et action.* ubi per stipulationes prætorias necesse est intelligi postulationes et petitiones harum stipulationum. Quam rationem verbi secutus Paulus eodem *lib.* 1. *receptarum sententiarum*; eodem titulo *de in integrum restit.* in integrum restitutionem definit redintegrandæ (8) rei vel caussæ actionem: sentiens restitutionem in integrum esse actionem qua id agitur ut res vel caussa amissa restituatur; seu qua restitutio in integrum sic petitur ut de ea impetranda agatur. Et certe quocumque nomine hanc actionem appellare libet, hoc ipsum agitur in omni in integrum restitutione ut res amissa redintegretur, seu ut hæc ipsa redintegratio obtineatur: neque obtineri potest nisi per hanc actionem. Atque hæc actio est quam in hac parte versari diximus.

IV. Id ita cum de verbis tum de actione hujus generis jam ab initio moneri non tantum ad cognitionem verborum utile est, ne quem hic ambiguitas verborum aut ignorantia errorem in re ipsa pariat; sed etiam ad rem ipsam quam hic quærimus, omnino pertinet. Hue enim spectat ut intelligamus quæ in cæteris actionibus partes sunt rectæ institutionis, easdem inesse et servandas esse in hoc genere actionis: partes has dico, cui competat in integrum restitutio seu actio de in integrum restitutione; adversus quem; quade re; cujus rei obtinendæ caussa. Quoniam enim omnis actio, quæcunque apud judices arbitrosve instituitur, non potest quin sit inter aliquos, de re aliqua, quo quid de ea re obtineamus, ut bene monemur in §. 1. *Inst. de act.* necesse est, cum in hac postulatione in integrum restitutionis sit actio, etiam in ea eadem illa omnia inesse, ut sit cui competat, et adversus quem competat, de re aliqua, et aliquid de ea re obtinere contendat. Quæ et revera insunt omnia in persecutione hujus actionis.

V. Ac de his si summam juris ad omnes in integrum restitutiones pertinentem quærimus, hæc est. Competit in integrum restitutio iis quibus ea tribuitur jure; quod fit certis et constitutis de caussis. Competit adversus eum ad quem res amissa de qua agitur, pervenit: et ita adversus hunc ut, præsente eo aut per contumaciam absente, de in integrum restitutione cognosci oporteat, ut fit in reliquis actionibus. *L. in caussæ*, 13. §. 1. *D. de in int. rest. L.* 1. *C. si ad. dot.* Competit de re amissa, cujus solius in integrum restitutio est: finis et effectus hic, ut res in integrum restituatur: re restituta, jus nostrum antiquum obtineamus, quasi nunquam antea ammissum. Ex quibus tria posteriora per se ipsa intelligi possunt ex verbo in integrum restitutionis, quo docemur hic agi de re amissa, et ut ea restituta obtineatur. A quo autem obtineri potest, nisi ab eo ad quem pervenit? Solum primum fere quæstionem habet in qua et versatur fere omnis de in integrum restitutionibus quæstio, utpote a qua etiam pendent cætera, cui, quibus ex caussis jure tribuatur et competat restitutio quævis in integrum. De quibus deinceps cognoscemus, si prius de collocatione hujus partis quam reliquis omnibus subjicio, pauca dixero: præsertim cum videamus in Pandectis et Codice, idest in edicto perpetuo tractatum hoc argumentum ante initium judicii, et reliquis omnibus actionibus præpositum.

VI. Principio cum in hac parte versetur ea actio quam dixi, vel hinc statim intelligi potest, non alibi ei parti ejusque tractationi locum esse debere quam inter actiones, cum quæritur quæ sit hujus quoque actionis recta institutio in superioribus illis partibus quatuor. Quod si de ordine horum generum tractandorum quæritur, ipsa

(8) De quo Cujac. *ad Rub. D. hoc. tit.* ita: Etsi res videatur litem significare, ut in *L.* 8. §. 1. *de inof. et simil.* (vid Muret. ad *L.* 2. §. 29. *de O. I.*) et caussa hypothesin, seu negocium ut *L. caussas.* 16. *C. de trans.* ex quo lis nondum ulla est: Tamen quia Isidor. *Lib.* 5. *Etymol.* hac definitione tradita, subdit: Res redintegratur quæ vi extorta est, caussa quæ expleta non est. Ideo hunc sensum putat: Non tantum rem perfectam, puta datam, redintegrari: sed et imperfectam, id est caussam, si res nondum data, sed promissa.

etiam conditio rerum, qui in his tractandis ordo esse debeat, satis nos admonet. Actiones juris nostri integri jure ordinario et communi competunt. Actiones juris amissi, seu in integrum restitutiones extraordinario. *L. in caussæ*, 16. *D. de minor.* Non dubium est autem priorem esse juris communis, quam extraordinarii cognitionem: cum illud commune regulam habeat; hujus autem exceptio quædam sit extraordinarium; quod ab illo communi eximitur. Sic enim reperietur summa esse juris de actionibus instituendis constituti: actiones competere cuique de jure suo integro: de amisso nullas, quia amissum jus desiit nostrum esse. Sed hoc ita, nisi extraordinario auxilio de amisso tribuatur in integrum restitutio. Ubi in priore parte regulam, in restitutionibus in integrum exceptionem ejus regulæ facile agnoscimus. Nemo autem ignorat semper regulam natura priorem esse sua exceptione.

## CAP. V.

### Quæ in integrum restitutionis genera sint, quæ caussa, et De in integrum restitutionibus majorum.

*Jus petendæ in integrum restitutionis ex ejus caussis æstimari: Hæ duæ, et quæ.* I.
*Restitutionem in integrum pariunt rei amissio et simul amittendi caussa.* II.
*Amissio triplex, et qualis unaquæque.* III.
*Caussa amittendi qualis: ex hac duo restitutionum genera et quæ* IV.
*Harum tractationis methodus.* V.
*Caussas amittendi in majoribus ex conditione facti æstimari.* VI.
*In iis quæ facto nostro amittimus, tria locum facere restitutioni majorum.* VII.
1. *Metum. Ex isto duplex actio: de utraque quo in loco auctor.* VIII.
2. *Dolum: an actio de dolo restitutioni in integrum accenseatur, et quatenus* IX.
3. *Justum errorem: quid hic a metu discrepat, aut dolo.* X.
*Quæ justi erroris species in integrum restitutione subleretur.* XI.
*In iis quæ omissione sola amittimus restitutioni in integrum caussam dare justum impedimentum. Hoc quadruplex.* XII.
1. *Justa absentia nostra sive necessaria sive probabilis: et quod utriusque discrimen.* XIII. XIV.
2. *Absentia adversarii; præterquam si hic defensorem reliquit, qui nec fuerit interrogatus.* XV.
*Item ea adversarii conditio, ut cum eo agi non posset: quæ species ejusmodi.* XVI.
3. *Magistratus, et quomodo.* XVII.
4. *Ipsa rerum natura sive conditio: Hoc quale sit explicatur.* XVIII.
*Restitutio in integrum ex superioribus caussis adversus quos competat.* XIX.
*In iis quæ casu amittuntur locum non esse in integrum restitutioni inductione ejus partium ostenditur.* XX. XXI. XXII.
*Exceptio.* XXIII.
*Tempus in integrum restitutioni præstitutum olim annus utilis, hodie continuum quadriennium.* XXIV.
*Biennium vero continuum in actione de dolo.* XXV.
*Restitutio in integrum transit et in heredes et fidejussores, si ea utantur statuto tempore.* XXVI.

I. Redeo igitur ad illas partes quatuor rectæ institutionis, quas in persecutione restitutionis in integrum similiter spectandas diximus. Ex quibus illa prima est et præcipua, qua posita, cæteræ sua sponte intellectæ sequuntur, cui competat in integrum restitutio, seu actio de in integrum restitutione, de quo genere actionis nunc quærimus. Hic vero evenit idem quod in reliquis actionibus omnibus, ut quemadmodum in illis frustra quis agit nisi sit is cui competit actio, ita frustra postulet in integrum restitutionem cui ea jure non competat. Competit ei cui illa tribuitur jure. Tribuitur autem ut et alia quæ sunt juris nostri, certis et constitutis de caussis. Eo fit ut in quo hæ caussæ sunt, ei competat in integrum restitutio: in quo non sunt, ei non competat: ut proinde ex his caussis de jure in integrum restitutionis postulandæ sit æstimandum.

II. Omnino ut cuiquam competat restitutio in integrum, duabus his in rebus tanquam caussis summis positum est: ut ei ab initio recte nata sit, et nata consistat intra tempus ei petendæ præfinitum. Duæ res junctæ restitutionem in integrum pariunt, ex

quibus scilicet ab initio omnis ea restitutio nascitur: rei de qua recipienda agitur amissio, et amittendi caussa, quas quidem res jus agnoscat.

III. In primis rei amissio: sine (1) qua, ut in definitione diximus, nulla esse aut etiam intelligi potest in integrum restitutio. Sed rem non natura, verum jure communi nobis amissam esse oportet: ut quanvis res exstaret quæ nostra fuerat aut nobis debita, tamen eo res redierit ut nobis amissum sit jus ejus petendæ aut persequendæ, *L. in caussæ cognitione*, 13. *D. de minorib. vigin. quinq. ann.* Hæc amissio triplex est. Consistit enim aut in iis quæ habuimus, amittendis; aut in iis quæ non habuimus, cum delata essent, omittendis, aut in onere et obligatione aliqua in nos suscipienda: quæ partes eleganter comprehensæ sunt et propositæ ab Ulpiano ad in integrum restitutionem in *L. non omnia quæ minores*, 44. *D. de minorib.* 25. *ann.* propositæ quidem illic in persona minorum: sed ita ut hæ omnem amissionem rei nostræ contineant, cujus nomine in integrum restitutio possit postulari. Amittimus quæ habuimus, veluti cum donamus nostra; item cum vendimus, permutamus iniquis conditionibus et non sine damno rei familiaris; item cum actionem aut servitutem aliquam nostram remittimus. Omittimus delata, veluti cum hereditatem testamento aut ab intestato delatam repudiamus; cum delatum legatum recusamus. In quo genere illa amissio est, quod hic saltem amittimus facultatem acquirendi quam prius habuimus. Onus et obligationem in nos suscipimus, cum promittimus aliquid ubi non expediebat. Est et hic quod amittamus: libertas scilicet impune recusandi, quæ ante nobis fuit integra; et tandem res ipsa promissa, quam de nostro præstare cogimur. Hæc seges est restitutionis omnis in integrum; hæc materia in qua versatur: utpote unum hoc sibi propositum habens, ut quod amissum est restituatur.

IV. Sed non ut quodque his modis nobis amissum est, ita statim nobis de eo in integrum restitutio competit. Hoc amplius etiam caussa amittendi spectanda est. Hæc propemodum una restitutionem continet. Caussam amittendi eam esse oportet, quam ut iniquam æquitatis ratio improbet, idest talem judicet, propter quam indignum sit cuiquam de suo quidquam decedere: ideo ita statuat, si nihilominus ex ea caussa nobis quid amissum sit summo jure, ibi rem dignam esse auxilio, et læsis esse subveniendum: in (2) quo est in integrum restitutio. Idque est quod eleganter dicitur in rescripto quodam Antonini; *Etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus: tamen ubi evidens æquitas poscit, subveniendum est.* Loquitur enim illic Antoninus de in integrum restitutione tribuenda iis qui sine culpa sua decepti inciderunt in captionem: exstat in *L. Divus Antoninus*, 7. *D. de in integrum restitution.* Ita in summa eam amittendi caussam quærimus, quæ indignam amissionem faciens, justam caussam præbeat in integrum restitutioni. Hujusmodi caussæ non in omnibus eædem sunt, sed personis distinguuntur. Aliæ in majoribus viginti quinque annis admittunt in integrum restitutionem, aliæ in minoribus. Hinc genera nata duo restitutionum in integrum, ut quædam sint majorum viginti quinque annis, quædam minorum. Quæ indicantur Titulo Codicis *de in integrum restitutionibus minorum*, et Titulo *quibus caussis majores:* item D. *de minoribus viginti quinque annis*; et *quibus ex caussis majores.* Quæ majorum sunt eædem sunt cum minoribus communes. Quibus enim ex caussis majores in integrum restitui placet, absurdum sit non etiam ex his minores restitui placere; cum his plus tribuatur propter ætatis infirmitatem. Quæ minorum sunt, eæ sunt minorum propriæ et singulari jure continentur.

V. Hæc res nos admonet in his tractandis naturæ ordinem postulare ut prius dicamus de in integrum restitutionibus majorum. Nam hæ cum sint communes omnium personarum, sunt eædem etiam generales. Prior est autem cognitio generis quam specierum. Tum autem cum restitutiones minorum ex jure communi reliquorum eximantur, est in

(1) Recte quod et passim inculcat Duar. *ad tit. Cod.* de hac materia, vid. quæ notavi contra A. Fabrum *C. præced. N.* 2.

(2) Vid. *C. præced. n.* 1. Quotuplex sit restitutio vid. Sfortia Oddus *P.* 1. *Q.* 1. *Art.* 15. qui ita: Alia gratiæ, alia justitiæ (sic M. Anton. Caimus *in Summar. enarrat. tit. C. de in int. rest. initio*) aliam ex Principis indulgentia tribui, aliam suadente æquitate ex juris dispositione. Sed prior illa non est hujus loci, nec ejusdem omnino generis. Hæc alia prætoria, et vel majoribus communis, quæ aut officio judicis, et proprie ita dicitur, ut *L. Ex quibus caus. major.* aut jure actionis quæ improprie, uti ex caussa metus vel doli. Alia civilis, quæ ex constitutionibus, ut in *L. Divus.* 33. *de re jud. L.* 31. *de jurejur.*

his exceptio quædam juris istius communis. Jam autem dixi semper regulam sua exceptione esse priorem.

VI. Caussæ amittendi, quæ majoribus in integrum restitutionem tribuunt, non omnibus factis quibus quis quid amisit pariter congruunt, sed aliæ conveniunt aliis. Proinde et hæ nobis ex genere facti distinguendæ sunt. Quidquid amittimus, aut facto nostro amittimus, (hic cogita de alienatione judicii mutandi caussa facta, propter *L.* 1. *C. de al. jud. mut. cau. fac. L.* 3. §. *ex quib. D. eod.* ubi restitutio in integrum ex hac caussa nominatur) aut omissione sola, aut omnino casu, nulla parte facti nostri interveniente, sive quod sit in faciendo, sive quod in non faciendo: facto nostro, veluti cum donamus quid, remittimus actionem, delata repudiamus. Omissione, ut cum non agendo actionis temporalis diem exire sinimus. Casu, ut cum debitor noster per status mutationem eximitur obligatione, invitis et nec cogitantibus, aut quidquam omittentibus nobis.

VII. In iis quæ facto nostro amittimus, tria sunt quæ facti habent excusationem, et ut nos omni culpa eximunt, ita etiam in majoribus locum faciunt restitutioni; metus, dolus, justus error, quæ tria commemorantur in *L.* 1. *L.* 2. *D. de in integ. rest.* Metus; si quid metu coacti fecimus, quo quid alienaremus, remitteremus, repudiaremus, promitteremus. Dolus: si quid horum fecimus alieno dolo inducti. Justus error: si dum putamus nos aliquid de nostro in aliquem conferre, aut cui permittere debere ubi omnino non debemus aut non cogimur, illic alienamus aut promittimus justo errore decepti.

VIII. De metu edictum generale est quo prætor pollicetur, si metu gestum erit, quodcumque id erit, ratum non habiturum. *L.* 1. *D. quod met. caus.* Ex ea caussa, duæ sunt actiones eo edicto propositæ. Una in personam in quadruplum, si quis jussus restituere lucrum quod ex metu senserit, non restituit: de qua in *L. item.* §. 1. §. *in hac.* §. *hæc autem. D. quod met. caus.* Hæc recta est et statim ex maleficio nascitur, nec desiderat præcedentem in integrum restitutionem magistratus: quippe quæ nec desideret veterem actionem restitui, ut ad id obtinendum prius rescissione ejus quod gestum est, et in eo auctoritate magistratus sit opus. Ideo nec ea ad restitutiones in integrum pertinet. Quamobrem et de ea actione, ut recta et ex maleficio nata, inter cæteras quæ ex maleficio nascuntur, ut locus postulabat, diximus. Altera est actio, qua id agitur ut restituatur vetus actio et facultas quæ metu amissa est, rescissa prius acceptilatione, vel alia sive liberatione, sive alienatione, *L. metum,* 9. §. *sed quod prætor,* §. *volenti. D. quod met. cau.* Hæc vero est quæ continet in integrum restitutionem veteris juris: qua parte et actio ad restitutiones in integrum pertinet. De utroque genere conjunctim inter maleficia diximus sub titulo de his quæ vi metusve caussa gesta sunt: quia cum illic exponeretur a nobis genus ipsum maleficii ejusque animadversio: utrumque quod ex eadem caussa esset et hanc animadversionem contineret, ita conjungere necesse habuimus.

IX. Doli quoque hæc conditio est ut nihil ratum habeatur quod dolo malo factum sit. Sed nulla hic proprie locum habet restitutio in integrum. Nam si de eo quod decepti amisimus obtinendo alia actio est aliudve quod remedium, hoc utimur. Si non est, proponitur edicto prætoris actio de dolo famosa, ut quod dolo ad decipientem pervenit restituatur, *L.* 1. *L. arbitrio. D. de dol.* Sed et hæc actio proprie non est in integrum restitutio, ac neque hanc in se habet; sed recta est ad repetendum id quod nobis abest, sine alia præcedente magistratus in integrum restitutione. Ejusque rei certa argumenta hæc sunt: primum quod nulla hic vetus actio est in quam se actor de dolo agendo restitui postulet, ut fit in restitutionibus in integrum, *L.* 9. §. *volenti, D. quod met. caus.* §. *rursus, Inst. de act.* Deinde quod cum restitutione id agatur ut vetus jus nostrum nobis restituatur, necesse est et restitutionem competere adversus omnem qui rebus integris nobis teneretur: perinde adversus omnem ad quem res nostra pervenit, etiam si cum eo nihil gesserimus, *arg. d. L.* 9. §. *sed quod,* §. *volenti, quod met. cau.* Quod contra fit in actione de dolo quæ, nisi adversus eum qui dolum adhibuit, locum non habet: adversus eos ad quos res nostræ alieno dolo amissæ pervenerunt, nulla est, *L. sed et* 15. §. *ult. D. de dol.* Ideo et hæc actio a nobis inter maleficia ut suo loco exposita est continenter post actionem Quod metus caussa. Numeratur tamen dolus inter caussas in integrum restitutionis in *L.* 1. *D. de in int. rest.* Sed et titulus de dolo cum D. tum C. propositus est in ea parte in qua de restitutionibus agitur. Magis tamen propter (3)

(3) Durum hoc. Melius Oddus P. 1. Q. 1. *Art.* 16. *n.* 106. *in d. L.* 1. caussas poni

affinitatem quam habet actio de dolo cum in integrum restitutione, quam quod revera sit ipsa in integrum restitutio, qualem nunc juris veteris amissi in integrum restitutionem intelligi volumus. Affinitas autem hæc est, quod et hæc actio, contempto eo et tanquam rescisso quod gestum est, rem amissam revocat, ut fit in restitutionibus in integrum: præterea olim constituta erat intra annum utilem similiter ut in integrum restitutiones. Sed neutra harum rerum efficit ut propterea in actione de dolo dici debeat versari in integrum restitutio. Nam et quæ alienata sunt in fraudem creditorum, quæ eadem creditoribus summo jure amissa sunt, utpote alienata a domino ipso, eorum revocandorum, et veluti rescindendæ alienationis caussa proposita est actio Pauliana creditoribus, *tot. tit. D. quæ in fraud. cred. L. videamus. 2. §. in Faviana, D. de usur.* neque ideo tamen eam actionem inter restitutiones in integrum numerat. Idemque est in Faviana actione de rebus in fraudem patroni alienatis.

X. Justus error quo ducti aliquid nostrum vel alienamus vel promittimus, a superioribus duabus caussis una in re: a priore in duabus plurimum dissidet. Nam primum, quod utriusque illius caussæ commune esse diximus, quidquid metu compulsi aut dolo inducti fecimus, id ratum non habetur. At non item quod errore quanvis justo amisimus: id enim sæpe ratum est. Tum autem ut id ratum non sit, tamen maxima ex parte alia via revocatur, quam per in integrum restitutionem; aliter atque id quod metus caussa gestum est. Ut puta, si quid cui donavimus, dum putamus negotia nostra ab eo gesta esse, aut aliquid ab eo profectum quod æquum sit nos remunerari: res in ea caussa est ut, quanvis falso nobis persuaserimus factum esse quod factum non erat, tamen nulla sit dati repetitio; quia satis intelligamur donasse quod nullo jure cogente dedimus, *L. in summa, §. 1, D. de cond. ind.* Quod si quid tanquam solventes dedimus dum nos debere putamus, hic quidem dati repetitio est, sed recta et ordinaria, nempe condictio indebiti, non ullum extraordinarium remedium in integrum restitutionis, *§. is quoque, Inst. quib. mod. re cont. obl.* nisi si quando id in persona minorum concurrat cum indebiti condictione: de quo postea in restitutione minorum, *L. in caussæ. §. 2. D. de minor.* Si quid etiam eodem errore promisimus, dum nos debere putamus, ne hic quidem tenemur efficaciter: sic tamen, ut hic nulla sit necessaria adversus eam obligationem in integrum restitutio, sed jure communi tuti simus exceptione doli mali, vel in factum, *L. si quis cum aliter, D. de verbor. obligation. Instit. de excep.* in pr.

XI. Quis ergo in hoc errore relinquitur locus in integrum restitutioni, cujus mentio est in *L. 2. D. de in int. rest.?* Una tantum (4) species occurrit, cui in justo isto errore tributa sit amissi in integrum

restitutionis in integrum tam minorum quam majorum, inter quos et dolus est adversarii, ut *infra C. 10. n. 1.* Enim vero Duar. *de Rest. in int. Cap. 1.* scribit *tit. D. de rest. in int.* suo ambitu speciales qui sequuntur continere. Et Cujac. *ad Rub. d. tit.* Edicti de restitutione sex fuisse clausulas in sex sequentibus titulis tractatas, ac pro iis facit *L. 9. § 7. Quod met. ca.* Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 3. §. 5. *n.* 12. Sed Odd. *d. loc.* illis opponit ordinem titulorum Codicis, ubi prius tractatur de actionibus doli et metus, quam de restitutionibus in genere vel specie Et sic quod in statutis, si mentio fiat restitutionis in integrum, actiones illæ non veniant, Sicb. *ad Rub. C. de in int. rest. n. 1.* Recte vero Ant. Fab. *ad L. 1. §. 6. de dolo.* Edicto, *Ex quib. ca. maj.* nunquam locum esse, quoties intervenit dolus illius ipsius contra quem restitutio petitur. Alioqui supervacuum esset edictum de dolo. Semper enim ei restitutioni locus esset ex generali clausule *si qua alia justa caussa etc* Et facit *L. 38. de dolo.*

(4) At DD. nostri perplures species admittunt, quibus ex caussa ignorantiæ vel erroris restitutionem, etiam contra læsionem, quæ facto errantis contigit, indulgent. Idque ex tertia clausula edicti: si qua alia juste caussa, *L. 1. Ex quib. ca. maj.* Mauric. *C.* 387. de quibus plene Oddus *P. 1. Q. 8.* item *Q. 9.* fuse tractans de restitutione rusticorum ex hac caussa, de qua et Chop. in. *de Privil. rust. Lib. 1. P. 2. C. 1. et C. 5.* item de restitutione mulierum *Q. 10.* Et *Q. 11.* de aliis caussis, furore, ebrietate, morte, justo dolo, iracundia etc. item de paupertate, *d. Q. 11. Art. 9. et seq.* et Cornel. Benincasa *de Privil. paupertatis. Q. 4. n. 18.* Nobilitata hic præ ceteris quæstio an ex caussa ignorantiæ adversus usucapiones vel præscriptiones ex illa clausula competat restitutio? Quod omnino negandum per *L. ult. C. de præs. long. temp.* ubi simpliciter dicitur nulla scientia vel ignorantia expectanda. Quod si daretur restitutio, esset hoc verbis LL. imponere, non rebus. Additurque illic: *ne altera dubitationis etc.* et per *L. 3. ibi non absentia, non militia etc. C. de præscr. 30. ann.* Unde apparet, nec ex priori edicti clausula præscriptiones longiores rescindi, vid. *infra C. 9. N. 9.* Et

restitutio, qualem nunc quærimus. Ea est de eo quod cùm pupillo gestum est falso tutore auctore, quem falsum esse actor ignoravit. De hac specie exstat edictum prætoris sub *tit. D. quod fals. tut. auct. gest. esse dic.* quo edicto duplex actio proposita est. Una adversus tutorem qui dolo malo auctor factus esset, ut quanti ea res erit quæ nobis eo contractu amissa est, in tantam pecuniam condemnetur. *L. novissime, eod. tit.* Sed hæc actio recta est adversus tutorem qui nos decepit, non ullius veteris actionis aut juris restitutionem persequens, sed novi delicti æstimationem continens. Ideo nec prætor in hac danda ullius in integrum restitutionis mentionem facit; quam ob caussam huc non pertinet. Altera actio est in qua prætor non jam actionem, sed nominatim in integrum restitutionem daturum se pollicetur. De eâ quidem nihil amplius nobis traditum est, quam id quod extat in *L. 1. §. ul. eod.* his verbis: *si id* (5) *actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem*: ubi non adjicitur adversus quem detur hæc restitutio, et cujus rei nomine. Sed ipsum verbum restitutionis satis quid de utroque sentiendum sit nos docet. Nam cum restitutio non sit nisi de re amissa, et ea repetenda ab eo ad quem pervenit; vel hinc facile intelligi potest non adversus alium propositam esse hanc restitutionem, quam adversus pupillum, aut si qui sunt alii qui lucrum ex eo contractu senserunt, qui modo rebus integris nobis tenerentur. Quod cum ita sit, non dubito hunc esse errorem de quo scriptum est in *L. 1. et L. 2. D. de in int. rest.* etiam lapsis per justum errorem sub titulo de in integrum restitutionibus subveniri, ut intelligamus scilicet errorem, non quemlibet, sed eum qui in re cum pupillo gesta objectus est ab eo qui falso tanquam tutor auctor factus est, cum tutor non esset. Certe non in alio errore prætorem pollicitum esse in integrum restitutionem legimus. Sed et de eo sensisse Ulpianum et Paulum in *d. L. 1. et 2. de in int. rest.* certe argumento est, quod ambo edictum illud de eo quod falso tutore auctore gestum est, in ea parte quæ est de in integrum restitutionibus, tanquam speciem ejus generis a se initio propositam exposuerunt. Id indicant inscriptiones eorum fragmentorum, quæ utrique attribuuntur sub Titulo *Quibus ex caussis majores*, et sub Titulo *Quod falso tutore auctore.* Sic enim sunt istæ inscriptiones, ut testentur omnia ea fragmenta sumpta esse ex libro Ulpiani et Pauli duodecimo ad edictum. Unde facile animadverti potest, quo libro illi exposuerunt edictum prætoris, quibus ex caussis majores, eodem et edictum *Quod falso tutore auctore* continenter exposuisse. Prius autem illud ad restitutiones in integrum pertinere quis ignorat?

XII. Atque hæ caussæ sunt quæ majoribus tribuunt in integrum restitutionem in iis quæ fecerunt ipsi, quo quid amitterent. Has caussas non item recipit omissio nostra, per quam fit ut aliquid jure de rebus nostris amittamus. Hujusmodi amissio duabus his in caussis spectatur: in rebus nostris ab alio bona fide possessis, quarum usucapio non agentibus nobis a possessore impletur: et in actionibus temporalibus, quibus intra tempus constitutum non agendo facimus ut, die earum exeunte, finiantur.

unquam certe sic esset litium finis, ac dominia in incerto, contra finem usucapionum et præscriptionum. Itaque placuit Augusto Electori Sax *Nov. sua.* 9. *P.* 2. Ac recte probant Ant. Fab. ad *L.* 26. §. *ult. h. t.* Bronch. 1. *Misc.* 30. Sarmient. 2. *Select. Interpr.* 10. *n.* 1. Vasq. 2. *Ill. Contr.* 75. Pinel. *in auth. nisi triennale. C. de bo. mat. n.* 58. Petr. Ancharan. *Cons.* 170. *n.* 2. Fachin. 1. *Contr.* 69. Etsi contraria opinio receptior sit et usu obtinere dicatur, vid. Tessaur. *Decis.* 133 *et seq.* Jo. Mohedan. *Decis.* 13. Vult. *Cons. Marpurg.* 22. *Vol.* Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 35. *gl.* 4. *n.* 36. *et seqq.* Cagn. *in L.* 2. *C. de pact. int. empt. n.* 219. Jo. Petr. Surd. *Decis.* 4. Covar. *in C. possessor de R. I. in* 6. *P.* 3. *Prælect.* §. 3. Maurit. *de Rest. in int. C.* 57. *et seqq.* Utrum tamen contra quadragenariam præscriptionem detur, magna est contentio, nec convenit quæ opinio sit communis; vid. Covar. *d. loc. n.* 2. Afll. *Decis.* 37. *n.* 2. qui affirmativam communem vocat, et Maurit. *de Rest. C.* 58. sed contra in *Additis ad d. Decis.* Jo. Aug. Pisanell. et M. Ant. Pulverin, et Tessaur. *Decis* 183. *n.* 6. et Raudens. *Decis. Pisana,* 11. *n.* 12. Vid. Treutacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. Tit. de Rest. in int. Resol.* 1. Cravetta *de Antiq. tempor. p.* 4. §. *pen. n.* 44. *ac seqq.*

(5) Si actor falsum esse ignoravit *d. L.* 1. §. *ult. L.* 2. *d. t.* Odd. *P.* 1. *Q.* 22. *Art.* 2. Cujac. 22 *Obs.* 20. nisi sciens a prætore compulsus sit, *L.* 5. *d. t.* ubi ut hoc obiter, tamenetsi unica dictio est, ut et in *L.* 7. §. 3. *de usufr. accresc. L.* 7. §. 11. *ad SC. Maced.* et apud Cic. et alios vid. Cujac. 1. *Obs.* 14. Muret. 11. *Var. Lect.* 17. Auson. Popma *de Usu antiq. locut. C.* 6. *pag.* 42. *Lib.* 1. Quamvis Rev. 5. *Var.* 9. velit in *dd. ll.* esse hypostigmen iteratæ dictionis, ut in *l.* 1. §. 2. *de extr. cog.* add. Hot. 2. *Amicab.* 14.

Adversus hujus generis amissionem una res executionem habet, eadem quæ et parit in integrum restitutionem, si agere non potuimus prohibiti justo aliquo impedimento naturæ; de quo genere cautum est ea parte edicti quæ exstat in *L. 1. D. ex quib. caus. major. in integ. rest.* estque id ejus Tituli argumentum. Hoc impedimentum quadruplex est. Aut enim nascitur in nobis ipsis, aut objicitur nobis ab adversario, aut a magistratu, aut a natura rerum: ac totidem ex caussis est in integrum restitutio proposita edicto superiore.

XIII. Nascitur in nobis ipsis hoc impedimentum, cum qui rem nostram usucapiebat, aut debitor qui temporali actione nobis tenebatur, in urbe fuit, nos absentes, ut propter absentiam agere non potuerimus cum præsente, et eo modo sive usucapionem sive temporis præscriptionem interpellare. De hac specie est in clausula prima ejus edicti, extatque in *d. L. 1. quib. ex caus. major.* Sed quod indicatur eadem clausula, ita est nobis ex hac caussa restitutio in integrum, si justa nostra (6) absentia fuerit, non aliter. Justa absentia in hac re habetur, sive est necessaria, sive probabilis. De necessaria non dubitatur, de qua comprehensum est illa clausula. Cujusmodi absentia est, cum (7) Reipublicæ caussa sine

(6) Absentiæ quatuor genera refert Sich. *ad L. 1. C. h. t. n. 5.* 1.° Necessaria et probabilis, ut legati et militis. 2.° Probabilis et privilegiata, studiosi. 3.° Probabilis et non privilegiata, mercatoris. 4.° Necessaria sed improbata, ut relegati. Sed Bart. *in L. ultim. Cod. de restit. mil.* et Zas. *ad §. rursus 6. I. de act. n. 3.* Sneidvin. *ibid. n. 22.* Arn. de Reiger. *Thesauro juris v. absentia.* Mauric. *h. t. C. 133.* 5.° referunt. 1.° Probabilis et necessaria, militiæ. 2.° Probabilis tantum, studiorum. 3.° necessaria, non probabilis, relegationis; 4.° voluntaria citra contumaciam, mercatoris; 5.° voluntaria improbabilis, eorum qui contumaciter absunt. Oddus vero *P. 1. Quæst. 5. Art. 7.* ita: Alia est ordinaria ex domicilio alibi constituto, sicuti civis Lipsiensis ordinarie abest Friberga vel Magdeburgo. Et hæc non est caussa restitutionis: idem *Q. 6. Art. 1.* Alia extraordinaria quæ aut necessaria et, vel laude digna, Reipublicæ caussa etc. vel vituperio, relegati; vel indifferens, ex. gr. capti a latronibus. Aut voluntaria, quæ itidem commendanda in studioso, vituperanda in contumaci, indifferens in mercatore.

(7) Ne cui officium publicum damno sit, *L. 28. h. t.* Unde absentium Reipublicæ caussa domum familiamque virorum illustrium fidei tutelæque solebant committere ut ex Cassiod. *Lib. 10.* Jac. Durant. Casell. *1. Variar. 1.* Neque indemnitatem hanc solum, sed et præmia plura labores pro Republica merentur, vid. Jac. Orloshausen. *Certaminis masculi fœminei acie virili C. 27.* Libo. a Bodenlstein *Disquisit. Polit. Lib. 2. Cap. 63. et seqq.* Sed hæc ita si coacti absunt; *L. 36. hoc tit.* non si data opera vel litis gratia, *L. 5. hoc tit.* Ubi Duar. *ad L. 7. §. dolo de pact. et 1. disput. 47.* emendat et reponit *dicis gratia*, notatus a P. Fabro *1. Semestr. 20.* qui recte interpretatur post Azonem in *Summa, C. de rest. mil. n. 3.* litis fugiendæ caussa; qui videlicet ut litem evitaret id affectavit ut peregre mitteretur. Quomodo Demosth. τῆς δίκης ἕνεκα ἀπεῖναι. Facit *L. 1. C. Qui mil. poss. Lib. 12.* Quando impedimentum non excuset quia affectatum, vid. Odd. *P. 1. Q. 2.* et Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 35. *Gl. 4. n. 29.* Confer. Moller. *3. Semestr. 9.* Sed magistratus qui Romæ reipublicæ caussa dant operam, ita non absunt, *L. 5. §. ult. L. 6. hoc tit.* scilicet ab ipsa Roma. Nam ratio dubitandi quia ob negotia Reipublicæ impendenda quo minus sua curent impediri, et ita animo abesse videntur. Nec dubitandum quin si provincialis Romæ gesserit magistratum, et ea re damnum domi passus ad id restituendus sit per *l. 35. §. 7. h. t.* Idem igitur si magistratus in patria gerat, vel loco eo quo res ipsius usucapiuntur, aut adversarius degit. Abesse autem intelligitur et is qui ab urbe profectus est, *licet nondum provinciam excesserit, L. 32. h. t.* Ubi non probanda correctio P. Fabri *ad L. 140. de R. I.* ac *2. Semestr. 16. p. 258.* et Cujac. *12. Obs. 33.* et Anton. Fab. *ad d. L. 32.* legentium *provinciam accesserit.* Quia sensus sit *d. L. 32.* non tantum abesse dum ex urbe Roma it in provinciam, antequam eam ingressus: sed et dum ex ea redit in urbem, antequam portas intravit, per *l. ult. de off. procons.* Quos notant Ræv. et Hippol. a Collib. *ad L. 140. de R. I.* et Lyclama *1. Membran. 10.* Nam per urbem ibi metropolis accipi potest, ut Gothofredus ibidem, vel ea civitas in qua quis degit. Et ratio dubitandi, quia præsentes alias in materia usucapionis, qui in eadem provincia, vid. supr. *Lib. 5. Cap. 19. N. 2.* Et hoc exempla declarant. In *d. L. 32.* ad ærarium, vel in commentarium principis delatos exponit Ræv. *ad. L. 191. de R. J.* qui ea intentione ut iis ex ærario populi vel fisco principis annua darentur, Frontin. *Lib. 2. de Aquæ ductib.* add. Perrenon. *2. Animadvers. 26.* Caussæ quibus quis ita abesse censetur, passim *hoc tit.* quas congessit Mauric. *Cap. 351.* add. Odd. *P. 1. Quæst. 6. Art. 10. et seq.* Inter eas et caussa militiæ, *L. 7. L. 28. §. ult. L. 33. §. ult. L. 34. et seq. L. 40. L. pen. h. tit. et t. Cod. de rest. mil. etc. ac tit. seq. de uxor. mil.* Etsi Romæ militent *L. 7. h. t.* quod in his peculiare, quia rebus suis superesse non possunt; Baro *ad d. L. 7.* vel quia nulla consistendi spes certa. Nam si alio proficisci jubeantur, parere coguntur. Nec ibi quis esse intelligitur, ubi ad tempus tantum vel casu reperitur *L. 44. L. 87. L. 79.*

dolo malo absumus, puta legationis aut militiæ caussa: item cum in (8) vinculis sumus, servitute potestateve hostium prædonumve. Quæ omnia cum in edicto essent, ordine exposita reperiuntur sub eodem Titulo a *L.* 1. *usque ad* 21. Huc pertinent illi Tituli Codicis in hoc argumento, De restitutione militum et eorum qui Reipublicæ caussa absunt: item De uxoribus militum et eorum qui Reipublicæ caussa absunt: item Quibus ex caussis majores in integrum restituuntur. Probabilis absentia est et quæ ad restitutionem hujus edicti non minus pertinet, si quis absit studiorum caussa. Putaturque hæc caussa satis suggeri postrema clausula superioris edicti, qua prætor ita cavet: *item si qua alia mihi justa caussa esse videbitur; in integrum restituam. L. sed et* 26. (9) §. *ult. et L. necnon*, 28. *in pr. D. quib. ex caus. maj.* Quo exemplo etiam in hoc numero recte, ut puto, habebimus, si qui sunt qui absint (10) merca-

§. 1. *de L.* 3. Anton. Fab. *ad d. L.* 7. Neque enim sola militia restitutioni caussam dat, sed et occupatio in expeditionibus, *L. ult. C. de restit. mil.* Idem igitur, etsi domi suæ militent sub incerta mansionis, abitum in dies exspectantes, Odd. *P.* 1. *Quæst.* 6. *Art.* 4. Aliud si commeatu excepto *L.* 34. *h. tit. L.* 1. *de re mil.* Quamquam hic, dum domum vadit aut redit, pro absente est, *L.* 35. §. *ult. hoc tit.* Commeatus enim duo tempora continent eundi et redeundi, Ræv. *ad L.* 140. *de R. I.* De in integrum restitutione militum, quibus et quando competat, nec non, et eorum uxoribus maritos comitantibus, itemque famulis, medicis (de quib. *L.* 33. §. *ult. h. tit.*) lixis, etc. detur vid. Maur. *C.* 334. *et seq.* Odd. *P.* 1. *Q.* 6. *Art.* 2. *et seq.* Mudæ. *ad t. C. de rest. mil.* Claud. Coteræ *Li.* 2. *de Jure mil. C.* 10. Georg. Acac. Eneokel. 2. *de Priv. mili* 4. De restitutione Commissarii ex caussa absentiæ Rulant. *de Commis. P.* 1. *Lib.* 7. *C.* 11.

(8) Etsi corpori vincula non adhibita, ut si lautumiis inclusus *L.* 9. *h. t.* Lautumiæ sunt loca lapidibus cæsis exsecta, in quæ noxii damnari solebant, quæ et latumiæ et letomiæ eodem sensu, vid. Turneb. *in Var. de Ling. Lat. f.* 290. Taubman. *in not. ad Plauti Pænul. Act.* 4. *Sc.* 2. Phil. Broidæ. *in Supplem. hist. fori Polleti Lib.* 5. *Cap.* 14. Val. Guil. Forster. 1. *Observ. Succis.* 20. Nam hic interpretatio latior ex mente edicti, cum non minus agere impediatur. Alias secus, *L.* 216. *de V. S.* ubi Cujac. Mercer. *in Conciliatore pag. m.* 728. Langlæ. 8. *Semestr.* 5. *pag.* 519. Quin imo hic et qui sub fidejussorum satisdatione est, restituitur, *L.* 28. §. 1. *hoc titul.* ut si quis promisit non recedere a loco quo sisti jussus est ac fidejussorem dedit eo nomine, et uterque ad pœnam obligatus est. Dusr. *ad hoc titul. D. f.* 126. Idem est si metu justo absit, *L.* 2. *L.* 3. *hoc titul.* aut ex caussa pestis, Mauric. *Cap.* 367. aut infirmitate impeditus, *L.* 38. *in fin. hoc titul.* aliisve quæ casu contingunt ibidem. Exempla habet Mauric. *Cap.* 368. Odd. *P.* 1. *Q.* 14. *Articul.* 1. Et denique quoties ex necessitate quis abest, ei subvenitur, si non ex priori edicti clausula, saltem ex postrema, *L.* 26. §. *ult. h. tit.* Ut et relegato ex caussa succurratur *d. L.* 26. §. 1. cum scilicet imputari ei nequit cur per procuratorem non egerit. Et sic accipi debet *L.* 40. §. 1. *h. t.* Nec recte Pac. 3. *Q.* 11. ut cum ea conciliet *L.* 20. *de minor.* aliam esse caussam restitutionis quæ fit ordinario jure; aliam quæ prætoria cognitione *d. L.* 20. *de minor.* Nam imo utraque fit prætoria cognitione. Et idem quod *d. L.* 20. habetur *d. L.* 26. §. 1. Nisi dicas distinguendum esse exulem, id est deportatum *d. L.* 20. a relegato *d. L.* 16. Sicuti non desunt qui de priato et qui hodie in ejus locum successit, bannito restitutionem ex hac caussa negant, referente et reprobante Oddo *P.* 1. *Q.* 7. *Art.* 3. Atqui utut exul non alius intelligi possit quam deportatus, quod controverti potest, nam de relegato accipit Ant. Fab. *ibidem*, apparet tamen ex *d. L.* 20. *in fin. pr.* illic prorogationem temporis non impediri delicto aut irrogatione pœnæ; sed propter experiundi facultatem quam absens habuit, exinde quod per procuratorem agere potuit. Aliter enim cessante ilia facultate, non obstante irrogatione pœnæ, prorogatio obtineri potuisset a reverso et restituto, macula delicti abstersa, beneficio restitutionis in integrum. Et hoc est quod Ulpianus *ibid.* rationem alteram Papiniani carpit quæ vere impertinens. Tametsi Marq. Freher. 1. *Parerg.* 13. injuste Papinianum notari contendat, cum non *propter delictum* scripserit, sed *propter pœnam*. Nec tam ad indignitatem delicti respexerit, quam sententiæ pœnalis tenorem quæ absentem eum fecerat. Quæ refellit Elb. Leonin. 6. *Emend.* 15. Requirit autem hæc restitutio 1.° absentiam. 2.° damnum ex ea ipsa contingens. Cessat si idem præsens passurus *L.* 44. *h. tit.* Quod probe notandum videtur. Nam, si antequam abiret ignoravit rem suam esse quæ ab alio possidebatur; si reversus impleta usucapione ita resciscat, ut tamen appareat non priorem illius rei notitiam consecuturum fuisse, etsi semper adfuisset, restitutionem negari consequens erit.

(9) Sed in *d.* §. *ult.* vocula *cognitionis* aliud significat, scilicet cognitionem Principis ut in *L. ult.* §. 1. *Quod. met. ca.* Goth. et Ant. Fab. *in d.* §. *ult.* De restitutione ex caussa studiorum pluribus Mauric. *C.* 340. et *C.* 366. (Ubi contra bonorum distractionem, judicis decreto sub hasta, restitutionem concedit) Odd. *P.* 1. *Q.* 7. *Art.* 14. Rebuff. *Privil. schol.* 119. Horat. Lutius *Priv. schol.* 11. et *Priv.* 77. *item* 96. *et* 4. *seqq.*

(10) Si utilem publice negociationem exerceat, Baro ad *L.* 28. *hoc tit.* Et Odd. *P.* 1. *Q.* 7. *Artic.* 15. hoc ad eos mercatores restringit, qui peregre asportatum merces civitati suæ utiles abeunt, terra marique se pe-

turæ, vel alienjus artificii honesti discendi caussa. Hujus generis est, nec minus ad hanc partem referri debere videtur illa absentia, propter quam adversus rem judicatam tribuitur litigatori in integrum restitutio in *L. Divus pen. D. de in int. rest.* De quo illic ita scriptum est: *etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus; tamen ubi æquitas evidens poscit, subveniendum est*; itaque si citatus non respondit, et ob hoc more solito pronuntiatum est (intellige adversus absentem citatum) confestim autem pro tribunali te sedentem adiit, existimari potest non sua culpa, sed parum exaudita voce præconis defuisse; ideoque restitui potest. Probabilis ergo hæc absentia est, cui existimatur infirmitas auditus caussam dedisse et fecisse quominus is contra quem pronuntiatum est, adesset pro tribunali et coram jura sua allegaret, quibus consequi poterat, ut judicem moveret ne ita pronuntiaret ut fecit. Et ea gratia nunc in integrum restitutionem postulat ut, sententia revocata, id sibi facere liceat, et novam tum cognitionem, tum sententiam de eadem re impetrare.

XIV. Illud circa hanc absentiam nostram qua ipsi læsi sumus, præcipiendum videtur, si quis coactus sit repente abesse, aut nihil suspicans casu inciderit in hostes aut latrones, ita ut de rerum suarum cura alii committenda cogitare non deberet, aut cogitans idoneum procuratorem sibi prospicere non posset quem domi relinqueret: huic omnimodo (11) ob necessariam absentiam succurrendum; nec nocere debere quod domi procuratorem non habuerit, per quem posset. Et certe primæ clausulæ edicti verba de iis qui necessariis istis absentiis abesse coguntur, ita concepta sunt ut iis qui ex his caussis absunt, sine ulla

riculis multis objicientes. Aliud in pro olis et infimis negociatoribus, nulli se periculo exponentibus, sed tantum lucello vacantibus. Aliter Oldendorp. *Progym. Class.* 6. *Act.* 9. indistincte mercatoribus restitutionem denegans, argum. L. 42 *hoc tit.* Confer de mercaturæ usu ac necessitate P. Greg. 4. *de rep.* 7. Hippol. a Collib. *in principe Cap.* 30 Tiraq. *de Nobil. Cap.* 33.

(11) Favor enim Reipublicæ suadet ut plenius prospiceretur legatis et qui Reipublicæ caussa absunt, sive procuratorem reliquerint, sive non, *L.* 26. §. *ultim. hoc tit.* tum ut facilius inveniantur qui id suscipiant, Duar *ad hoc tit. D. f.* 126. Sich. ad *L.* 1. *Cod. hoc tit. n.* 12. *et seqq.* tum quia non est quod illis imputetur. Cum ignoscendum sit Reipublicæ caussa abituro, si eo tempore de tractandis potius publicis negociis commissis quam rebus suis in tuto collocandis cogitavit. Ant. Fab. ad *L.* 28. *pr. hoc. tit.* Aliis autem imputatur quod non reliquerint procuratorem, cum propter factum suum, aut ultro in rem suam abfuturi, de rebus suis componendis ante discessum cogitare debuerint. Ant Fab. *d. loc.* objic. *L.* 39. *hoc tit.* Resp. Cujac. 19. *Obs.* 14. post Theodorum interpretem Græcum distinguens inter legatum Reipublicæ *d. L.* 39. qui a solo Principe mittitur, et civitatis *d. L.* 29. §. *ult.* qui, cum communi civium decreto creatus sit, non potest, ait, quisquam ex absentia ejus captare lucrum, sive procuratorem reliquerit sive non, quia per omnes factum est ut abesset in rem omnium. Quæ distinctio non placet Cujus prius membrum ex modo dictis convellitur. Aliter Ant. Fab. ad *d. L.* 26. §. *ult. h. tit.* et Pac. 3. *Q.* 10. Si procuratorem reliquit; non restitui *d. L.* 38. scilicet si et procurator potuit defendere, quia tum actione mandati contra procuratorem indemnis servatur. Restitui autem, etsi habuit procuratorem, *p. L.* 26. §. *ult.* si is vel non potuit defendere, aut si potuit quidem, sed actio mandati inanis per *L.* 5. et 6. *de dolo.* Et recte. Tametsi Duar. *ad h. t. D. f.* 126. accipiat *d. L.* 39 quia verba sint ambigua, non de restitutione absentis, sed alterius illius absentia læsi; ut sensus sit. Si qui Reipublicæ caussa abest reliquit procuratorem, tunc non auditur qui contra eum vult restitui ex 2. edicti parte, quia is potuit convenire procuratorem relictum, *L.* 22. *h. t.* Enimvero et ei qui procuratorem potuit relinquere, ex caussa succurritur, *L.* 26. §. 1. *h. t.* si scilicet gravis caussa præsentiam domini requirens, nec aliis facile commendanda, Duar. *d. lo.* Plane et qui per procuratorem defensus, restituitur ad appellandum, *L. ult. de in int. restit.* quod Sich. ad *L.* 1. *Cod. hoc tit. n.* 12. intelligit excusso prius procuratore per *L.* 1. §. *ult. Quand. app.* Quod vix admittendum. Sed etsi procurator relictus culpa non defendit, vel non legitime, vult Sich. excusso prius eo, restitutionem dari ad appellandum, *d. L. ult.* Quod si fato impeditus vel mortuus: ad totam caussam, *L.* 28. *pr. h. t.* Plenius et exactius hac de re Sfort. Oddus, *P.* 1. *Q.* 29. *et seq.* Unum hoc moneo in caussa studiorum restitutionem non inde negandam videri quod procurator non relictus, etsi ita Donellus noster, item Sich. *d. loc.* et alii. Nam, ut et animadvertit Odd. *d. Q.* 30. *Art.* 3. *n.* 11. et Harprech. *in* §. 1. *I. de iis per quos agere n.* 69. *ac seqq.* ratio restitutionis in *L.* 28. *pr. h. t.* non in eo quod procurator mortuus, sed ne decipiatur, etc. Et verba illa *forte procuratore etc.* exemplum læsionis continent. Nec ex iis restitutionem restringere aut a contrario sensu arguere vis voculæ *forte* permittit. Accedit quod non minor studiorum favor, quam militiæ; quodque studiosis privilegia eadem quæ absentibus caussa sui Principis, vel universitatis per *C. ad audientiam de cler. non resid.* Odd. *P.* 1. *Q.* 7. *Art.* 14. *n.* 128.

exceptione in integrum restitutionem tribuant. Quod si voluntaria absentia fuerit, aut ante prævisa et cogitata, qualis est quæ suscipitur studiorum caussa, aut relegatorum, imputari absentibus potest, si cum scirent se abfuturos et satis temporis haberent ante profectionem ad res suas constituendas, domi procuratorem non reliquerint per quem agere possent. Ideo et de relegato qui potuit procuratorem relinquere nec reliquit, scriptum est in *L. sed etsi*, §. 1. *D. quib. ex caus. majo.* non esse huic restitutionem concedendam. Quod et in eo qui studiorum caussa aberit, admittendum est tanto magis, quod voluntaria hujus absentia est, relegati necessaria. Plane si hi procuratorem reliquerint et is non egerit aut interim defunctus sit, tum æquum est istis succurri, quibus jam nihil est quod imputari possit, quod per se aut per alios non egerint. Idque in persona ejus qui studiorum caussa abest, satis significatur in *L. nec non*, in pr. *D. eod.* cum dicitur subveniri ei debere et adjicitur, forte procuratore ejus defuncto.

XV. Ab adversario ejusdem generis impedimentum est cum e converso nos in urbe sumus, ille autem qui rem nostram usucapiebat aut debitor noster abest, ut nihilomagis agere possimus cum absente, quam ante absentes cum præsente agere potuimus. Ex hac caussa et adversus utrumque in integrum restitutio est; adversus priorem, re nostra ab absente usucapta; adversus debitorem, eo, cum per ejus absentiam actionis dies exiisset, interim liberato. De hac specie cautum est eodem edicto de majoribus clausula secunda *d. L.* 1. *eod. tit.* Neque hic, cum adversus absentem nobis succurritur, spectamus (12) qualis fuerit ejus absentia, necessaria an voluntaria, ut fit tunc cum ex priore clausula succurritur absentibus. Adversus quos absentes ex hac parte in integrum restitutio est; ea proposita est adversus absentes omnes qui non defenduntur, ut est in *L. item* §. 1. *D. quib. ex cau. maj.* Et merito. Nam si ne justa quidem absentia absenti prodesse potest ut nobis noceat: multo minus prodesse debebit quæ nullam probabilem caussam habet, puta malitiosa, aut nihil nisi animi caussa suscepta. Sed hæc conditio hac parte adjicitur, si is qui per absentiam suam quid consecutus est, ita consecutus sit, dum absens non defenderetur, *d. L.* 1. *eod.* Quo intelligimus significari in summa id quod de hac defensione fusius scriptum est in *L. item.* §. *pen. et ult.* item in *L. ergo.* seq. *D. eod.* non solum ex hac parte restitutionem in integrum adversus absentem locum non habere, si absentis procurator aut amicus ultro exstitit qui paratus esset absentem defendere, si nos agere vellemus: sed ne sic quidem locum habere aliter quam, si amici absentis requisiti interrogati fuerint an defendant, aut nemo fuerit qui posset interrogari: denique ita absentem non defendi videri, si adversus eum acturi ultro interpellemus amicos, nec quisquam se offerat defensioni, idque (13) testatione complecti oportet.

XVI. Ejusdem generis impedimentum est ab adversario, cum heres per aliquod tempus ea caussa fuit ut eum eo interim agi non posset, et per id tempus actionis dies exiit. Id accidit, cum heres aliquis scriptus est, emancipato præterito. Quandiu enim pendet an emancipatus bonorum possessionem petat, cum neutro agi utiliter potest. Itaque si interim actio finita est, restituetur; finge hoc modo: creditor cum herede scripto egit; et ideo summotus est, quod tabulæ testamenti in ea caussa essent ut contra eas emancipato præterito bonorum possessio dari posset. Jure hac exceptione summoveri placet; quia quandiu bonorum possessio contra tabulas filio dari potest, heres quodammodo debitor non est: fac interim actionem finitam esse, post deinde emancipatum omit-

(12) Ant. Fab. ad *d. L.* 21. *pr.* non hic favor absentiæ, ut in priori parte, caussam dat restitutioni; sed odium absentis qui non defenditur; add. Zas. *ad* §. 5. *I. de act.* *n.* 15. Odd. *P.* 1. *Q.* 5. *Art.* 5. Et restituitur quoque absens contra absentem eodem genere absentiæ *L. ult. hoc tit.* Nec obstat quod uterque videatur privilegiatus. Neque enim nuda absentia dat restitutionem, sed cum læsione conjuncta, *L.* 19. *hoc tit.* et ita alter solus privilegiatus, Ant. Fab. *ibid.* Duar. *h. t. f.* 128. *et seq.* Hodie ex qua inventa ratio, ne absentia rei noceat actori, et ut jus illæsum maneat nec præscriptio currat, si servetur forma præscripta, *L.* 2. *C. de ann. except.* quæ nova constitutio est; non facile aliquem propter absentiam alterius restituendum monet Duar. *d. loc. f.* 129.

(13) De protestatione, quando necessaria, quando item utilis agere impedito, fuse Odd. *P.* 1. *Quæst.* 28. ac in universum de protestationum usu vi et potestate Menoch. *Arb.* *Cap.* 461. Damhuder. *Praxi civ. Cap.* 121. *et seqq.* Wes. *Cons.* 4. *n.* 99. *et Cons.* 6. *n.* 8. *et n.* 22. *cum seq. ac Cons.* 43. *n.* 163. *ac seq.* Raudens. *Decis. Pisana* 12. *n.* 70. *et seq.* Jo. Meichsner. *Tomo* 3. *Decis. Cam.* 32. *ac* Nigrin. *Tr. de Protestationibus* Hering. *de Fidejuss. Cap.* 20. §. 34.

tere bonorum possessionem. *Non inique*, inquit Julianus, *postulabit creditor restitui sibi actionem adversus scriptum heredem*, L. cum herede; *D. de oblig. et action.* hic vero restitutio ad hanc partem pertinet. Sed est hujus restitutionis caussa ejusmodi, ut quanvis emancipatus postea bonorum possessionem petat, non minus adversus eum actio restitui debeat creditori: quoniam et hic per emancipatum factum sit quominus cum eo agi posset.

XVII. A magistratu idem agendi impedimentum nobis objicitur, si aut magistratus copia non fuit, aut is jus non dixit, aut per dilationes ejus effectum est ut actio eximeretur. Qua ex caussa et proposita in integrum restitutio est tertia clausula ejusdem edicti *d. L. 1. eod* explicaturque ad istam sententiam quam dixi in (14) *L. sed etsi*, *§. pit. 4. D. eod.* Plane si solemnes feriæ fuerint, quanvis per eas jus dici non soleat, tamen nihil hæ nobis proderunt ad restitutionem, quasi per eas agere non potuerimus. Culpa enim nostra est, quod ante non egimus, cum sciremus futuras. Quod cum non item nobis objici possit in feriis quæ indicantur extra ordinem, merito (15) placuit, si propterea magistratus jus non dixit et interim actio exempta est, etiam ex hac caussa restitutioni locum esse: hoc in *d. L. sed etsi*, *§. si feriæ. eod.*

XVIII. A rerum natura objicitur nobis hoc idem impedimentum in aquæ ductibus; si cum puta, ex aliquo fonte aquam ducerem per vicini fundum, constituta ejus rei servitute, fons unde ducebam exaruerit. Finge exaruisse per totum constitutum tempus, quo servitutes non utendo amitti solent. Eodem tempore evenit ut et servitus non utendo mihi amissa sit, et amittendi caussa hæc esse intelligatur, quod per rerum naturam ea uti aut de ea agere non possem, si vellem. Finge postea fontem ad suas venas rediisse, et ex eo aquam fluere cœpisse, ut jam per rerum naturam aquam ducere possim quam prius non poteram. An cum natura etiam mihi aquæductus rediit? Jure non potest. Semel enim amissus non potest amplius invito vicino revocari, *argu. in L. Mævius*, *§. duorum. D. de leg. 2. L. si res*, *§. aream. D. de sol.* Et hoc ita est summo jure: sed (16) placuit ex hac caussa esse in integrum restitutionem, ut quod jus non negligentia aut culpa mea amisi, sed quia ducere non poteram, id mihi restituatur: de quo exstat elegans rescriptum in *L. et Atilicinus, D. de ser. rust. præd.* Ducitur autem in integrum restitutio ex illa clausula ultima superioris edicti: *Item si qua alia mihi justa caussa esse videbitur, in integrum restituam.* Hæc enim justissima restitutionis caussa est, quam modo dixi: certe ejusdem æquitatis cujus superiores; cum non idem impedimentum tantum retinendi juris nostri habeat, sed etiam multo gravius, ut cui non magis resisti possit quam naturæ ipsi, a quo est impedimentum.

XIX. Jam in hac specie restitutionis, postquam intelligimus cui, quibus ex caussis competat, quam reliqua restitutionis expedita sint, paucis consideremus; illa dico, adversus quem competat, qua de re, cujus rei obtinendæ caussa. Et cum in hac parte restitutio in integrum constituta sit ob rem nostram usucapione aut non utendo amissam, item ob debitorem nostrum tempore liberatum: necesse est sit nobis restitutionis persecutio adversus eum qui rem usucaptam possidet: de ea ipsa re; ob finem hunc, ut nobis vetus actio nostra restituatur et una cum actione res ipsa. Aut si agitur de debitore liberato, agitur de actione amissa, adversus hunc ipsum debitorem, idque ut recipiat in se veterem obligationem: id est ut idem iterum promittatur ab eo; aut, si velimus, ut pecunia solvatur, aut restituta obligatione judicium ab eo accipiatur: quæ omnia et in re metu amissa in integrum restituenda locum habent, *L. metum. 9. §. volenti*, *§. ex hoc edicto, D. quod met. cau.* Hic autem vetus actio in rem, quæ rescissa usucapione competit, ex re dicitur rescissoria: de qua agitur in *§. rursus, Inst. de act.* ubi plura de hoc genere scripsimus.

XX. Casus superest, quo sæpe actio nobis amittitur est invitis et ignorantibus. In hoc (17) casu quam minimum loci relinquitur in integrum restitutioni, atque adeo, ut

(14) Non si denegavit actionem caussa cognita *d. §. 4.* Quia tunc appellare debuit; Baro *ibid.* Unde aliud statuit si appellare non potuerit Odd. *P. 1. Quæst.* 13. *Art.* 6. qui et vid. *d. Quæst.* 13. tota et Mauric. *Cap.* 354. *et seq.*

(15) Vid. Odd. *P. 1. Quæst.* 14. *Art.* 3. Mauric. *Cap.* 356. qui notat aliquando omni hoc litigantis cedere posse, et indemnem ... stare eum qui alias damnum sentiret; veluti si probationem expeditam non habuisset etc.

(16) Vid. Conna. 9. *Com.* 12. *n.* 1. Menoch. *Retin. poss. Remed.* 6. *n.* 147. *et* 3. *seqq.* Oddus *P.* 1. *Quæst.* 14. *Art.* 5.

(17) Potest et casus extrinsecus accidere, qui si caussam absentiæ vel impedimenti agendi præstet, restitutio inde *L.* 38. *in fin. ex quibus caus. maj.* Et sic casus quandoque re-

nunc jus est, una specie excepta puto nihil relinqui. Id ex partibus hujus generis amissionis intelligetur. Quidquid casu nobis amittitur, aut a re debita is casus est, aut a persona nostra seu nostri debitoris. A re debita is casus incidit, cum ea in rerum natura esse desiit. Quisquis ejus interitus exitus est, nulla adversus eam amissionem locum habet in integrum restitutio. Nam si res sine culpa debitoris periit, liberatur quidem eo casu debitor, atque hoc modo nobis actio amittitur: sed ita ut, cum hæc liberatio optimo jure et ratione naturali contingat, nulla æquitatis ratio adversus eam admittat in integrum restitutionem. Itaque hic etiam ulli restitutioni locum esse inauditum est, *L. si ex legati, D. de verb. oblig.* Quod si res periit aut culpa debitoris aut post ejus moram, quæ et ipsa species est culpæ; jam hic non liberatur debitor, sed perinde ut ante tam tenetur nobis quam si res exstaret, culpa ejus obligationem perpetuante. *d. L. si ex legati, L. nemo.* §. 1. *L. si servum,* §. *sequitur, D. de verb. oblig.* Quod si ita est, multo minus hic nobis esse possit in integrum restitutio in ea re quæ non est amissa, sed integra servatur, *L. 2. C. in quib. cau. in int. rest. nec. non est.*

XXI. A persona ut casu sine ullo facto nostro nobis amittatur actio, dupliciter contingit: partim capitis deminutione personæ postea secuta, partim conditione personæ intercessoris in quem veterem actionem per novationem transtulimus, cum is jure obligari utiliter non posset. Capitis deminutione postea secuta, hæc amissio incidit, cum persona capite minuitur vel nostra quibus debebatur, vel debitoris nostri qui eo facto liberatus est. Ac de eo casu prius videamus. Est autem capitis minutio prioris status mutatio, *L. 1. D. de cap. min.* Per hanc mutationem status incidere homines in captionem et prætorem sub Titulo de in integrum restitutionibus ex hac caussa subvenire lapsis, nempe per in integrum restitutionem. quod ejus Tituli argumentum est, traditur in *L. 1. et 2. D. de in int. rest.* Sed sciamus etiam olim ex hac caussa restitutionem in integrum angustis admodum finibus conclusam fuisse; atque adeo vix bene in una specie ex innumeris hujus generis locum habuisse, in qua et ipsa nunc sublata est. Percurramus breviter hujus generis species, tum id ita esse ratio et jus cujusque facile indicabit. Ac primum proponamus animo, quod natura ipsa suggerit, omnem status mutationem quam capitis minutionem vocamus, aut in persona creditoris contingere, aut in persona debitoris. Si creditor capite minuitur, sane is, quæcunque capitis mutatio inciderit (sunt autem genera nota, de quibus in *L. ult. D. de cap. min. Inst. eod.* et nos supra in statu personarum diximus) quæcunque, inquam, capitis minutio hæc erit, is actionem amittit si quam prius habuit; sed ex nulla harum competit jure in integrum restitutio ad recipiendam amissam actionem. Sit capitis diminutio maxima, qua ex libero servus factus sit. Si id contigit judicis sententia, ut olim accidebat iis qui damnabantur in metallum, aut ad gladium, aut ad bestias, et servi pœnæ dicebantur; ita damnati bona publicantur, id est rediguntur in fiscum. *L. 1. D. de bon. dam.* Proinde et damnati actiones: nam et hæ sunt pars bonorum, *L. bonorum, D. de verbor. signif.* Si inter privatos accidit, ideo quia aut quis se venundari passus est, aut libertus ingratus ob ingratitudinem revocatus est in servitutem a patrono; servi hujus bona eodem momento ad dominum transeunt, in quibus sunt et actiones, si quæ ante ejus fuerunt. Servus enim nihil suum habere potest, sed quidquid ab illo est omne domino acquiritur, §. *item vobis, Inst. per quas pers. nob. acq.* Sit media capitis deminutio qua, libertate salva, civitas amittitur; quod contingit deportatis in insulam. Hujus quoque ita damnati publicantur bona, in quibus et actiones, *d. L. 1. D. de bon. dam.* Sit capitis deminutio minima qua, libertate et civitate salva, tantum familia mutatur: hujus eundem exitum in arrogatione agnoscas. Qui dat se arrogandum, is, inquit Papinianus, *cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transfert,* L. pen. §. *ult. D. de bon. poss. secun. tab.* Multo magis in emancipatione, si in ea servilis conditio intervenit, ut olim. De quo mox in persona debitoris. Hoc ergo dicimus, quacumque ex his capitis deminutione factum sit, ut creditor actionem quam prius habuit, in alium translatam amitteret, nullam ei propositam esse in integrum restitutionem ad actionem amissam recuperandam. Nam si ob delictum suum capite minutus est, jure delicti sui pœnam luit, jure bonorum suorum amissione plectitur. Adversus quam ideo nulla esse potest in integrum restitutio capite minuto, quia alio-

stitutionem ex hoc edicto præbet, etsi non præbeat ex edicto de minoribus, quia per eum non læditur ut minor; vid. Odd. *P, 1. Quæst. 15. Art. 1.*

quin nulla esset amissio bonorum quæ per in integrum restitutionem recipere liceret: nulla pœna quam hoc modo restitutio infringeret. Recte enim dictum est, neminem re exclusum videri, quem prætor in integrum restituturum se pollicetur. *L. nemo, D. de rest. in int.* Quod si creditor rapite minutus est sua voluntate, dum aut se vendi passus est, aut se arrogandum dedit, ideo restitutionem in integrum de rebus amissis postulare non potest, quia se his sua (18) voluntate abdicavit, placetque remittentibus actiones suas regressum non esse dandum, cum liceat unicuique voluntate sua conditionem suam deteriorem facere, *L. quæritur, §. penult. D. de æd. ed. L. pactum, D. de pact.* Neque hujus rei argumentum esse potest certius, quam quod prætor in edicto de iis qui capite minuti sunt, quod exstat in *L. 2. D. de cap. minut.* pollicetur se capite minutis actionem daturum, sed adversus eos.

XXII. Jam de debitore capite minuto videamus. Liberetur is, per status minutionem, atque hoc modo vel inviti actionem qua nobis tenebatur, amittamus. Ne hic quidem nobis etiam olim adversus eam amissionem fuit in integrum restitutio, nisi perexigua, utpote una in specie ex innumeris. Nam primum hæc restitutio ad maximam et mediam capitis deminutionem non pertinuit. Atqui si quis debitor libertatem amittat, dum aut damnatione efficitur servus pœnæ, aut se venondari patitur, aut propter ingratitudinem revocatur in servitutem, quæ maxima capitis deminutio est: is continuo obligatione liberatur, quoniam cum servis jure civili nulla actio est, *L. servi, D. de obligation. et action.* Eadem conditio est ejus qui deportatione civitatem amisit, in quo est media capitis deminutio. Nam et deportati civitate amissa pro mortuis habentur, *L. 1. §. pen. D. de bon. poss. con. tab.* et iidem, bonis publicatione amissis, habere desierunt cujus nomine convenirentur: Sed, ut dixi, adversus hos nulla est nobis in integrum restitutio, neque ad eos edictum de capite minutis pertinet, inquit Ulpianus in *L. 2.* in princ. *D. de cap. minut.* duabus id quidem de caussis. Hac potissimum, quod non est istorum eadem conditio personæ, ut adversus eos esse possit ulla actio. Quam rationem reddit Paulus in *L. tutelas, §. ul. D. eod. Nam adversus servum*, inquit, *nulli restitutioni locus est: quia nec prætoria jurisdictione ita servus obligatur, ut cum eo actio sit. Cum autem civitas amissa est, nulla restitutionis æquitas est adversus eum qui, amissis bonis et civitate relicta, nudus exulat.* Altera caussa est, quod ex his capitis deminutionibus, quamvis liberetur debitor qui capite minutus est, ut ab hoc etiam nobis actio amittatur; non tamen simpliciter nobis actio amittitur. Nam, publicatis bonis, fiscus quodammodo in damnati tanquam in demortui locum succedit, et tanquam successor creditoribus ejus tenetur, *L. 2. C. ad leg. Jul. de vi.* Bonis autem ad privatum dominum translatis, non minus et hic tanquam successor habetur. Ideo et hos conveniri posse placuit, *d. L. tutelas, §. ult. D. de cap. min.* Adversus quos si nobis actio integra est, non magis restitutioni in integrum locus esse potest quam si, debitore in civitate mortuo, res ad heredes ejus pervenisset. Atqui edictum de capite minutis ita conceptum est, ut generaliter polliceatur prætor se actionem daturum adversus eos qui, postquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti esse dicentur. Porro nulli magis dicendi sunt capite minuti, quam quibus maxima vel media capitis deminutio contigit. Sed edictum sic accipiendum est, ut prætor polliceatur actionem adversus eos, qui capite deminuti sunt, si modo ii sint adversus quos conditione personæ ulla esse possit actio: quo in numero non sunt servi, neque ii qui, amissis publicatione bonis, nudi exsulant, ut ante dixi; quæque Pauli ratio esse videtur in *d. L. tutelas. §. ult. de cap. min.* Restat capitis deminutio minima debitoris. Hæc aut arrogatione ejus contingit, aut ejus emancipatione. Arrogatione, cum qui sui juris erat, se arrogandum dando, in alienam potestatem transiit. Emancipatione, cum qui erat in patris potestate, ab eo manumissus est. De arrogato sic statuendum est (19) neminem arrogatione liberari ea

(18) Favor enim edicti est ne alterius facto alteri ignoranti actio adimeretur, cum non possit creditor prohibere quo minus capite minuatur debitor. Unde et ubi suo facto proprio ademit sibi actionem, hoc edicto non juvatur; ut *L. 2. §. pen. h. tit.*

(19) Non placet. Nam cum actio antea fuerit efficax, obligatio contracta cum homine sui juris, si maxime demus obligationem arrogatione non perimi; quod dandum non est: vid. Gœl. *ad L. 20. de V. S. n. 2.* tamen inanis fiet, bonis omnibus in arrogantem translatis. Et certe *L. 2. pen. h. t.* probat a contrario restitui ex hoc edicto creditoribus omnibus actionem præterquam ipsi arrogatori. Et recte Anton. Fab. *ad l. 7. §. 3. hoc tit.* restitui hic actiones contra arrogatum propter personam quæ per arrogationem et

obligatione qua prius cum sui juris esset, nobis tenebatur: ideo nullam hic nobis in integrum restitutionem adversus eum esse posse, ubi nihil est amissum quod restituatur. Nam si filiusfamilias, tum cum adhuc est filiusfamilias, si quid gesserit, contraxerit, deliquerit, ex omnibus caussis non minus obligatur, quam paterfamilias, *L. filiusfamilias, D. de obl. et act. L. tam ex contractibus, D. de jud.* multo magis si quis cum esset paterfamilias, obligatus fuerit, deinde mutato statu filiusfamilias esse cœperit arrogatione, vetus actio quæ adversus eum fuerat, manebit: facilius enim impeditur quid ab initio ne fiat, quam jam factum dissolvitur, *L. patre, D. de his qui sunt sui vel alien. jur.* Quocirca ex omnibus capitis deminutionibus superest una debitoris nostri filiifamilias emancipatio quæ, ut emancipatum liberet, ita admittere possit in integrum restitutionem. si modo eum liberet. Et vero, ut olim jus fuit, liberavit. Neque hoc mirum videatur arrogatione non liberari eum qui arrogatus incipiat esse filiusfamilias: emancipatione autem eum liberari qui contra incipiat esse sui juris, quo in statu liberiorem factum, æquum erat multo magis conveniri posse. Nam in arrogatione, præter mutationem familiæ, nihil intervenit: in emancipatione interveniebat emancipati imaginaria servitus. Emancipari, inquit Paulus, nemo potest nisi in imaginariam servilem conditionem deductus, *L. 2. §. 1. D. de cap. min.* quod ex eo accidebat, quod emancipatio constabat imaginariis venditionibus et mancipationibus filiifamilias, quibus is in servitutem emptori mancipabatur, *§. præterea, Institut. quib. mod. jus pat. potes. solvatur.* Servi autem jure civili non obligantur. Sed hoc ex (20) contractibus: nam delictis obligantur, et si manumittantur, obligati remanent, *L. servi, D. de obligationib. et actionib.*

Hinc eveniebat, ut nemo etiam olim capitis minutione delictis exiueretur, sed actionum ex delicto venientium obligationes cum capite ambularent, ut veteres loquuntur, *L. 2. §. ult. L. tutelas, in fi. pr. D. de cap. min.* Quo significatur etiam hic locum non fuisse in integrum restitutioni. At cum ex contractibus liberaretur emancipatione filiusfamilias, consequens fuit ut hic nobis amitteretur actio adversus eum, aut a prætore restitui deberet. Et hæc una species est in qua prætor propter mutationem status pollicitus est adversus eum qui capite minutus esset, actionem: hæc eadem sola ad quam edictum de capite minutis pertinet, *L. 2. D. eod.* Cur ergo non restituit actionem prætor adversus eos qui in veram servitutem redigebantur? Quia non potuit adversus eos restituere etiam si vellet, cum vere servi essent, adversus quos jure nulla actio esse potuit, *d. L. tutelas, §. ult. de cap. min.* Potuit restituere adversus eos qui emancipatione non modo non fiunt servi, sed etiam sui juris esse incipiunt. Sed et adversus hos restituere maxime debuit, quia quæ videbatur non fuit vera servitus, sed imaginaria: valde porro iniquum sit imaginem veritati nocere. Observandum est autem prætorem in edicto superiore adversus eum qui capite minutus esset, nihil polliceri nisi se actionem daturum. Sed hanc actionem intelligere debemus in integrum restitutionem. In hac enim specie versatur ea status mutatio. propter quam inter cæteras caussas dicitur prætor pollicitus esse in integrum restitutionem in *L. 1. et 2. D. de int. rest.* Hodie, cum in manumittendis filiisfamilias omnis vetus forma emancipationis, id est imaginariarum venditionum, sublata sit constitutione Justiniani, *L. ult. C. de em. lib.* etiam hodie in hac manumissione nullam servilem filii conditionem intervenire necesse est. Qua sublata (21) eodem tempore evenire

familiæ mutationem alia facta videtur; et restitui ita, ut non solum agi contra eum possit, dilata executione in tempus quo sui juris erit: sed ut possit statim exsecutio fieri in bona arrogatoris ea quæ habuit ab arrogato, nisi eum in solidum defendere paratus sit, arg. *d. L. 7. §. 2.* Alias deterior fieret conditio creditoris sine ejus culpa.

(20) Secus iis enim si qui naturalem præstationem habeant, *L. 8. h. tit.* ubi vid. Baro et Anton. Fab. Cujac. 21, *Obs.* 14.

(21) Nam et hodie Emancipationem capite minuere sentit Donell. ut *supra Lib. 6. Cap. 16. n. 3. vers. Hodie N.* ut et Vacon. et Govean. *loc. ibi not.* Wesenbec. *in Par. h. n.* 6. Cujac. *ad Ulpian Tit.* 10. *§. ult.* Niell. *Disput. feud.* 6. *Thes.* 2. *lit. A.* Sed Duar. *ad h. tit. fol.* 123. etsi hodie non utamur imaginaria venditione, jus tamen idem nos retinere: Et imo hodieque capitis minutionem emancipatione et arrogatione contingere probat Anton. Fab. 1. *Jurisprud.* 16. *Princ.* 1. *Illat.* 9. *et ad L.* 4. *hoc titulo*, quia etsi ratio illa cesset, subest tamen adhuc ea, quod familiam mutet. Et certe hoc convenit ei, qui morte patris sui juris factus est. Retinet enim is caput et familiam ac gentem, nec inter agnatos numerari desinit, P. Nanu. 9. *Miscell.* 12. Nec credendum, ritibus antiquis sublatis, totam juris observationem eversam voluisse Imperatorem, arg. *L.* 35. *princ. C. de inoffic.* Quin et quod actio contra emancipatum, non in solidum sed quatenus facere potest, datur *L. 3. §. 4. vers. cum et ipse, de minor. L. 2. C. Quod cum eo*, hodieque obtinere puto.

intelligemus ut nec liberetur hodie emancipatione filius; et quoniam eædem actiones adversus eum salvæ sunt, ne hic quidem locum habeat adversus eum ulla in integrum restitutio. Quod cum ita sit, omnis restitutio quæ propter status mutationem olim proposita erat, simul et edictum totum de capite minutis tollatur.

XXIII. Una species in casu superest in qua, liberato debitore atque ita actione creditori amissa, detur creditori in integrum restitutio. Ea est, cum mulier pro debitore apud creditorem ita intercessit, ut transferret in se obligationem per novationem. Hic mulier beneficio Vellejani non tenetur: ut proinde creditori amittatur actio cum adversus mulierem quam senatus liberat, tum adversus veterem debitorem qui novatione creditoris liberatus erat. Sed placuit hoc casu sic non teneri mulierem, ut adversus veterem debitorem restituatur actio creditori, *L. si mulier*, 16. in fin. *L. debitrix*, §. *ult. D. ad Vell.* scilicet ne beneficium juris cuiquam tribuatur in alterius injuriam, contra quam fieri æquum est, *L. nec avus. C. de em. lib.* Fit autem hæc restitutio per prætorem, dum creditor adversus veterem debitorem restituitur in integrum, *d. L. si mulier*, in fin. Restitutio ex edicto generali de majoribus, ex illa clausula extrema: *Item si qua alia mihi justa caussa esse videbitur, in integrum restituam*; *L.* 1. *D. ex quib. causs. major.* de quo genere plura non addam, cum de eo satis dixerimus supra sub Titulo de obligationibus mulierum, et de senatusconsulto Vellejano.

XXIV. Sunt igitur in summa solæ hæ caussæ, quæ majoribus in integrum restitutionem tribuant; in his quidem quæ facto nostro amisimus, metus, dolus et, cum quid cum pupillo contraximus falso tutore auctore, justus error: in iis quæ a nobis exierunt per omissionem, omne impedimentum justum quo factum est ut rem non utendo aut non agendo amitteremus. In casu autem amissæ veteris actionis quæ contingit ex mulieris intercessione. Sunt eædem hæ caussæ ex quibus jam ab initio majoribus in integrum restitutio nascitur. Sed nondum satis ab initio natam esse, ut dici possit cuiquam competere. Hoc amplius consistere eam oportet intra tempus restitutioni postulandæ præstitutum. Hoc tempus olim in omnibus restitutionibus superioribus annus utilis fuit, id est annus quo de ea re experiundi potestas fuit. Hodie pro anno utili sunt quatuor continui constituti constitutione Justiniani, *L. ultim. C. de temp. in integr. restitution.*

XXV. Excepta est actio de dolo quæ, quia famosa erat, dati sunt ei a Constantino duo tantum anni continui ex quo dolus admissus est, *L. ult. C. de dol.*

XXVI. Cum hæc ita concurrent, ut et recte nata sit in integrum restitutio ex suis caussis, et nata intra tempus statutum consitat; tum vere illa competet ei qui ob supra scriptas caussas rem amiserit. Quæ huic cœpit competere, eadem competet et ejus heredibus; sed et fidejussoribus, quibus in caussis quis metu, aut dolo, aut justo errore quid promiserit, in quo indigeret restitutione, et in eam rem fidejussores dederit: omnibus tamen, dum agant intra constitutum tempus. De heredibus traditum pluribus verbis in *L. non solum, D. de int. rest.* De fidejussoribus satis significatur ea definitione juris quæ dictat ex persona rei omnia rei commoda fidejussori cæterisque successoribus competere, *L. ex persona*, 32 *D. de fid.* Cætera quæ versantur in recta institutione in integrum restitutionis, id est adversus quos competat, qua de re, cujus restitutionis obtinendæ caussa et quo effectu, superiore parte posita propemodum sua sponte intelligi diximus. Sed si quid erit in his quod dubitetur amplius, de his partibus ea dicemus in restitutionibus in integrum minorum; quæ valeant in commune etiam ad in integrum restitutiones majorum. Inde quæ huc pertinebunt, assumere licebit.

## CAP. VI.

### De in integrum restitutionibus minorum viginti quinque annis.

*Edictum de minoribus integre redditur et explicatur.* I.

*Edicti sententia re quæ promittitur et caussa promittendi coalescit.* II.

*Quid utrumque et quale, et quæ utriusque partes.* III.

*Ordine prior edicti caussa: Hujus tractationis partes atque ordo.* IV.

I. Et sunt hæ in integrum restitutiones majorum ex iis caussis natæ quas supra exposuimus: quæ quia majorum sunt, etiam ad minores quibus plus tribuitur, ita multo magis pertinere intelligendum est, ut sint hæ restitutiones omnium communes. Quæ minorum (1) in integrum restitutiones sunt, hæ sunt, ut dixi, minorum propriæ. De his jus breviter comprehensum est edicto prætoris: cujus sententia a veteribus exposita cum omnem rationem, vim ac potestatem hujus restitutionis contineat; faciendum nobis est ut utrumque cognoscatur. Edictum tale fuisse videtur: *Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur: postulante eo, quandiu minor erit, perpetuo; postquam major factus erit, exinde intra annum quo primum de ea re experiundi potestas erit, uti quæque res erit, animadvertam.* Quod de tempore hujus in integrum restitutionis supra complexi sumus, non exstat in Pandectis: credo propter constitutionem Justiniani quæ, anno utili abrogato, quadriennium continuum induxerat, *L. ult. C. de temp. in int. rest.* sed fuisse in edicto eadem constitutione Justinianus exponit, dum necesse habet ostendere quid de eo tempore in hoc etiam edicto immutarit. Cætera superioris edicti exstant in *L. 1. D. de min.* In quibus illa verba obscuriora sunt, certe parum vulgo intellecta: *uti quæque res erit, animadvertam.* Hoc totum sic vulgo accipiunt ut sit: considerabo, sive (2) cognoscam quomodo quæque res se habeat, quæ cum minore gesta erit. Sed hæc denuntiatio fere, ut prætor de re aliqua cognoscat nec quidquam addat amplius, edictis prætorum non convenit. Proponebant enim edicta prætores, quibus edicerent quid juris de re quaque dicturi essent, ut sic monerentur cives ejus juris, moniti se præmunirent, ut est in *L. 2. §. eodem. D. de orig. jur.* Pollicebantur, puta, se actionem, interdictum, in integrum restitutionem in hac aut illa caussa daturos aut non daturos: jussuros se de re aliqua caveri; ut caveretur, se in possessionem missuros aut etiam rem possideri jussuros: quod ex iis edictis quæ in Pandectis innumera exstant, licet cognoscere. Edicere autem se cogniturum quod gestum est, nihil ad jus litigatoris, nihil ad eum de jure suo erudiendum pertinet. Nihilominus tamen Baro doctissimus Jurisconsultus eandem istam interpretationem retinet; sed morem superiorem prætorum in edictis proponendis optime intelligens, interpretationem emollit atque, hac retenta, edictum ad eundem istum morem transferre conatur, dum aliquid edicto deesse putat quo restitutio efficiatur certa sententia edicti. Addit igitur: et, caussa cognita, in integrum restituam. Sed si hæc verba in edicto fuerunt, priora illa quibus se cogniturum id quod gestum est pollicetur, sunt otiosa. Neque enim restituit caussa cognita, nisi qui prius rem qualis esset cognovit: atque adeo hoc cognoscere nihil aliud est quam caussam cognoscere. Sed et illa otiosa: *uti quæque res erit.* Nam qui animadvertit, id est, cognovit id quod gestum est

(1) Quæritur ultra restitutio potentior et favorabilior? Salic. *L. 1. Cod. de restit. mil. n.* 1. teste Mudæo *ad Rub. Cod. dict. tit.* voluit facilius subveniri ex caussa absentiæ læso, tum per *L. 40. in pr. D. ex quibus caus. maj.* tum quia justius illic subvenire videatur quam ætati, cum lubricum consilii sit a natura, nec ita Lex occasionem læsionis præbeat. et alii quos refert Franc. de Caldas *ad L. 3. Cod. hoc titulo v. implorare in int. restit. n.* 6. quia Jus commune pinguius jure singulari, quod restringendum: Contra Rebuff. *h. Tit. in Præfat. n.* 7. Mudæ *dict. loc.* Tiraq. *de Retr. lig. §.* 35. *Gl.* 4. *n.* 46. *ac seq.* per *L. ult. de in int. rest. L. ultim. Cod. in quibus caus. rest.* Sed Caldas *dict. loco n.* 7. pro varietate caussæ læsionis, modo hanc, modo illam fortiori ratione niti. Ubi autem caussæ pares, haud dubie minori magis faveri, add. Oldus *P. 1. Quæst.* 5. *art.* 1.

(2) Ubi Anton Fab. *de L. 1. §. 1. hoc tit.* exponens: ita de facto cognoscam. Aliis ita, id est, caussa cognita, Sich. *ad Rubr. Cod. hoc titulo, n.* 3. Duar. *ad h. Tit. D. fol.* 86. qui in aliis libris legi scribit, *Utique quæ ea res erit.*

cum minore, is utique cognovit quæ et qualis ea res esset, suntque hæc plane eadem: nisi forte potuit prætor cognoscere id quod gestum est, ut aliud cognosceret quam id quod res est. Quid ergo est? Ego edicto nihil deesse puto, sed his verbis; *uti quæque res erit, animadvertam*, eleganter et dilucide exprimi cum restitutionem in integrum, tum adjunctam huic restitutioni caussæ cognitionem; quorum utrumque in hoc edicto quærimus, et edicto comprehensum fuisse constat; *L.* 3. §. 1. §. *scio*, *L. verum*, §. *sciendum*, *L. in caussæ*, 1. et 2. *D. de min.* (3). *Animadvertam* igitur sic accipio, emendabo, corrigam in melius et adeo in integrum restituam, cum aliter emendari non possit. Est enim animavertere probatis auctoribus inter cætera vindicare: sed proprie, ita cognoscere aliquid et in eam rem inquirere diligentius, ut sit ad vindicandum et corrigendum: ut apud Terentium in And.

*Ea primum ab illo animadvertenda injuria est.*

Idest ita expendenda, ut vindicetur factum pro dignitate et corrigatur. Cic. *lib.* 1. *quæst. Tusc.* cum de sepultura agit: *quid autem ego singulorum opiniones animadvertam, nationum errores perspicere cum liceat?* Animadvertam, idest, non cognoscam sed persequar ad corrigendum et castigandum. Supra enim multorum opiniones recensuerat, in singulis ad eas irridendas et castigandas immoratus. Hoc igitur prætor dicit: quod cum minore gestum erit, re diligentius cognita, emendabo et restituam; sed *uti quæque res erit Uti* valet prout. Itaque est hic sensus: quod gestum erit restituam: sed prout quæque res erit, idest prout quæque res gesta postulare videbitur et mereri restitutionem. Et, ut Paulus alicubi loquitur, prout re cognita bonum et æquum esse videbitur: ad quod omnia cum minoribus gesta redigenda sunt: hoc ille in *L. quod si*, §. *non semper*, *D. de min.* in quo maxime illa caussæ cognitio versatur.

II. Jam de sententia edicti, id est quid contineatur his verbis, quid his edictum tribuat videamus. In quo cum tam multa insint, quam multa videmus tractata veterum Jurisconsultorum scriptis sub Titulo de minoribus, quam multa etiam comprehensa tot Titulis qui exstant in Codice de hoc genere restitutionis: ut res tota recte explicetur, sic quam commodissime consequi posse videmur, si membra edicti summa jam ab initio nobis proponemus; sic deinde his in suas partes distributis, eo usque persequamur singulas, donec confectum sit quod de singulis quæritur. Sic enim, partibus expositis, facile totum habebimus. In edicto superiore licet animadvertere duo summa inesse; rem quæ promittitur, et promittendi caussam.

III. Res promissa est beneficium in integrum restitutionis, quod prætor pollicetur minoribus. Caussa promittendi sunt ea omnia quæ præmittit prætor in edicto, propter quæ hanc ipsam restitutionem pollicetur. In caussa spectatur quænam eæ res sint quas prætor ad eam caussam exigat. In beneficio quæritur quale id sit et quid tribuat; quod in his rebus positum est: cui competat, adversus quem, qua de re, cujus restitutionis obtinendæ caussa et quo effectu. De his ergo cum ordine dixero, sententia hujus edicti et omnis hæc restitutio erit exposita.

IV. Et quoniam prior est caussa suo effectu; prius ut sit beneficium constitutum, quam ut quæratur quale sit: non constituitur autem nisi ex suis caussis: ideo in universa hac cognitione hic primus locus est, ut de caussa beneficii cognoscamus; quam et prætor in hoc edicto, ut in cæteris solet et natura faciendum esse docet, recte atque ordine præmisit. In caussa restitutionis in integrum minorum quatuor versantur res totidem, quæ junctæ huic beneficio locum faciunt: persona ejus cui tribuitur restitutio, factum adversus quod tribuitur, facti hujus circumstantiæ quæ hujus restitutionis æquitatem continent, et tempus restitutioni postulandæ præfinitum. Persona est minor viginti quinque annis natu, ut edicto expressum est: factum, omne quod cum minore gestum est, expressum eodem edicto: facti circumstantiæ hæ; si minor eo facto læsus erit, et læsus lubrico ætatis seu facilitate sua, nec ulla res intervenlat quæ juste hoc beneficium excludat; quas circumstantias facti veteres ex his verbis edicti acceperunt: *uti quæque res erit*, *animadvertam*. Atque hinc complures exceptiones quæ hoc beneficium minoribus etiam

(3) Alii putant hoc verbo innui quod ipse Prætor sit cogniturus, nec Judicem daturus, vid. *supra Cap.* 4. *N.* 1. Confer *supr. Lib.* 17. *Cap.* 8. *N.* 40. Aliter Annæ. Rober. 3. *Rer. judicat.* 17. *p.* 552. *et seq.* Non hic illa verba *ratum non habebo*, uti in *L.* 1. *Quod met. ca.* quia illi contractus nulli sunt vel annullandi. Non item omnia minorum gesta rescindi conveniens est.

læsis adimunt, de quibus suo ordine. Tempus id quod supra complexi sumus. Deinceps igitur hæc singula qualia sint et quid valeant, consideremus.

## CAP. VII.

### Ad quas personas restitutio hujus edicti pertineat.

*Minor hoc loco quis dicatur: Et quid hæc annorum computatio differat a reliquis.* I.

*Indulgetur in integrum restitutio minori; non tamen servo: præterquam si hic decipiatur in caussa libertatis.* II.

*Sed filiofamilias minori tribuitur ex omni caussa, si modo hujus intersit. Contrariis fit satis.* III. IV.

*Et quidem sive suum negotium gerens, sive alienum minor aliquid amiserit.* IX.

*Secus si non ejus intersit, sive nihil amiserit. Hic non restituitur ex triplici caussa. 1· ex mutuo accepto.* V.

2. *Etiam si idem acceperit jussu patris. Contraria diluuntur.* VI. VII.

3. *Si heres extiterit ei pro quo fidejusserat.* VIII.

*Cum majore gestum, licet in rem minoris, beneficio restitutionis minime potiri.* X.

*Etiamsi majori quo cum gestum est minor successerit. Plura id genus exempla.* XI.

*Nisi tamen incommodum rei cum majore gestæ ad minorem pertineat.* XII.

*Immo et quod cum minore gestum majoris commodo restitutionem in integrum non recipere.* XIII.

*De eo quod filiusfamilias gessit potest pater, ne teneatur de peculio, petere invito filio restitutionem.* XIV.

*Ad restitutionem in integrum obtinendam non rei gestæ initium spectari oportere, sed finem.* XV.

I. In persona ergo ejus cui restitutio hic tribuitur, exigit edictum minorem (1) viginti quinque annis natu. Minorem annis hic aliter accipimus, atque in aliis partibus juris, cum quæritur an certos annos quis complerit an vero non complerit, eoque et sit his annis minor. Alias minorem certis annis diserte definimus eum qui anni ex iis de quibus agitur ultimi* ultimum diem non attigit. Qui autem eum diem ingressus est, eum dicimus annum complesse, quanvis cœptus sit dies tantum, non exactus: quia placeat annum civiliter non ad momenta temporum, id est horas, sed ad dies numerari, *L. anniculus non statim, D. de verb. sig. L.* 5. *D. qui test. fac. pos.* Jam vero qui annum complerit, eum utique verum est eo anno minorem non esse. Quod de minore viginti annis responsum est diserte circa legem Æliam Sentiam in *L.* 1. *D. de manum.* Vetabatur ea lege minor viginti annis servum manumittere nisi vindicta, §. *eadem. Inst. quib. ex caus. man. non lic.* De eo ergo ita scribit Ulpianus in

(1) Ætas hac lege Lætoria definita *L.* 2 *Cod. Th. de donat.* idonea visa est definiendo majori. Quæ vocatur status *L.* 13. *de prob. L.* 77. §. 14. *de leg.* 2. quod sit ἀκμὴν crescendi finis, qua vigor virilis completur, *L.* 1. §. 2. *hoc titulo.* Unde dicitur ætas robusta *L.* 15. §. 6. *de adult.* Et Hippocrates quoque sensit hunc esse pubertatis finem *Lib.* 5. *Aphorism.* Cujac. *ad L.* 1. *hoc titul. et de Div. temp. præscr Cap.* 29. Odd. *P.* 1. *Quæst.* 2. *Art.* 3. *n.* 33 *et seqq.* Potest tamen hæc ætas statuto jure provinciali variari vel minui. Odd. *d. Q.* 2. *Art.* 6. Tiraq. *de Nobil. C.* 20. *n.* 42. Sicuti jure Saxonico major quis censetur et perfecti judicii anno 21. completo Landr. *L.* 1. *Art.* 23. *et Artic.* 42. Atque ita petitio restitutionis durat adusque annum 25. perfectum. Et quadriennium restitutionis expirat illo tempore quod jure communi currere incipit, *Diff. jur. Civ. et Sax.* 28. *P.* 2. *n.* 13. *et seq.* Coler. *Decis.* 19. Wesenbec. *Cons.* 52. *n.* 83. Sneidvin. *in* §. 6 *Instit. de act. n.* 72 Beust. *in L.* 9. §. 4. *de jurej. n.* 19. In Sicilia ætas hæc consistit intra 18. annos, et infra id datur restitutio in contractibus et judiciis, Maranca. *Specul. aur. P.* 6. v. *et quandoque appell. n.* 80. Totque annis eadem definita jure Longobardico, Hort. *in Lex feud.* Cujac. *de Div. temp. præscr. Cap.* 27. Ac pluribus Galliæ locis inter nobiles major 20. aut 21. anno Tiraq. *de Nobil. Cap.* 20. *n.* 41. Licet vero fœminæ naturaliter ἀκμὴν citius recipiant, quoad hoc tamen nullum sexus discrimen, Cujac. *in leg.* 1. *hoc tit.* Fr. de Caldas *ad L.* 3. *Cod. hoc tit. in definit.* verbo *minoribus n.* 1. Quia etsi citus pubescant quo ad personam, unde et tutela antea liberantur, non tamen curatela eas citius eximi expedit, ut nec restitutionem hanc negari, quia per se fœminæ imbecillioris consilii, vid. Odd. *P.* 1. *Q.* 4. *Artic.* 4.

*d. L.* 1. placuisse eum qui vicesimi anni diem ingressus sit, quasi annum vicesimum compleverit, posse manumittere: *non enim majori viginti annis permitti manumittere, sed minorem manumittere vetari: jam autem*, inquit, *minor non est qui diem supremum agit anni vicesimi*. Nempe quia prius dixerat ab eo annum completum videri. Non sic minorem viginti quinque annis in hoc edicto accipimus; sed eum, qui vicesimi quinti anni ultimum diem, non dico ingressus non est, sed et ingressus totum non complevit: ut si non complevit, quanvis eo ipso die aliquid cum eo gestum sit, tamen tanquam re cum minore gesta sit restitutioni locus. Omninoque hic annos istos ita (2) computare jubemur, ut inspiciamus non solum quo die quis natus sit, sed etiam qua hora ejus diei: deinde ex eo sic computemus viginti quinque annos ut, nisi vicesimi quinti anni dies ultimus non modo cœperit, sed etiam completus desierit in eandem horam qua is de quo agitur natus est, habeatur in hoc edicto minor annis viginti quinque. Hoc ad istam sententiam Ulpianus in *L.* 3 §. *minorem*; *D. de min.* idque est quod ibidem ait, hic a momento ad momentum tempus spectari; momentum vocamus quod prius horam dixerat. Quod totum plane nihil aliud est, quam in restitutione hujus edicti eum minorem videri viginti quinque annis, qui non sit major, seu qui eos annos non excesserit. Cur ergo hoc ita in hac restitutione interpretamur, dissimiliter atque in reliquis partibus juris? præsertim cum priorem illam anni computationem civilem esse diserte scriptum sit in *d. L. anniculus non statim, de verbor. sig.* Nempe quia alteram istam interpretationem in hoc edicto et verba edicti et mens prætoris exigunt. Verba ita sunt, ut non simpliciter dicatur: quod cum minore viginti quinque annis gestum erit; sed adjiciatur; *quod cum minore viginti quinque annis natu*. Natu, quasi dicas nativitatem, significat momentum nascendi, seu momentum illud quo quis natus est, ac non diem totum in quo fuit illud momentum. Quapropter, secundum verba, recte dixerimus eum esse minorem viginti quinque annis natu, qui intra vicesimum quintum annum adhuc consistens, nondum illud momentum atque eandem horam vicesimi quinti anni completi attigit. Sic enim fit ut infra eam consistat, ad quam adhuc non pervenit. Is autem hora minor est, qui infra eam consistit. Cum verbis congruit sententia prætoris. Huic enim propositum est minoribus consulere adversus captiones quibus ea ætas exposita est propter infirmum et fragile ejus ætatis consilium, ut declaratur in *L.* 1. *D. de min.* At profecto non minor est infirmitas consilii minoris extremo toto die vicesimi quinti anni, quam eo die cœpto, aut pridie ejus diei. Proinde convenit consilio prætoris et ejus infirmitatis ratione haberi, ac quod in eo cum minore gestum erit, propter eandem infirmitatem emendari. Quod eo magis probandum est, quod benigna hæc interpretatio est, in re pro minoribus benigne et secundum naturalem æquitatem comparata, *d. L.* 1. *de minor.* Nulla sententia majore consensu juris recepta est quam hæc: quæ benigne constituta sunt, interpretanda esse plenius, et quam longissime significatio verborum et mens loquentis produci potest, *L. cum quidam, D. de lib. et post.* ex quo illa regula juris Pontificii: *odia restingi, favores convenit ampliari*, C. odia, *de reg. jur. in VI.*

II. Huic ergo minori prætor in integrum restitutionem pollicetur, et minori indistincte. Unde intelligimus, quisquis erit minor cujus intersit in integrum restitui quia quid amiserit, ad eum auxilium edicti pertinere. Quid si erit servus cum quo minore quid gestum est: etiamne huic restitutionem dabimus? Omnino dabimus, si qua res exsistat ejusmodi, in qua aliquid amittat quod jus vellet esse ejus. Finge ei libertatem fideicommissariam deberi præsentem, et fuisse captum dum exspectat certum tempus manumissionis, cum in re mora ei fuerit. Si postulet hic restitui, ut quod ab initio habere poterat si statim manumissus esset et remisit, id consequatur, (3) audietur, *L.* 5. *D. de minor.* Cæteris in caussis nulla est in integrum restitutio de eo quod cum servo minore gestum fuerit, *L.* 3. §. *ult. D. de minor.* non quia servus minor superioribus verbis non contineatur, sed quia quod sequentibus verbis pollicetur prætor ad servos non pertinet. Pollicetur prætor in integrum restitutionem de eo quod cum minore ge-

(2) Azo *Summa Cod. hoc titul. n.* 3. Duar. *h. tit.* in verbis edicti *Quod cum minore*, Anton. Fab. *ad d. L.* 3. §. 3. Cujac. *ad L.* 98. *de V. S.* Gœd. *ibid. n.* 8 Quia ætas facti est et solius naturæ; ac Old. *P.* 1. *Quæst.* 2. *Artic.* 8. Confer. *supra Lib.* 5. *Cap.* 19. *N.* 3.

(3) Propter speciem enim libertatis servus aditum habet ad prætorem *L.* 22. §. *ad Trebel.* Anton. Fab. *ad d. L.* 5. reprobans Accursium qui ex mora in præstanda libertate servum ipso iure liberum fieri per *L.* 3. *C. de fid. libert.* Nam immo manumittendus, *L.* 84. *d. leg.* 2.

stum est, sed pollicetur minori ipsi, ut in quo ea re læsus est et quid amisit, in eo in integrum restituatur: nam aliter non est in integrum restitutio, ut initio ostendimus, et verbum per se satis indicat. At servus non est in ea (4) caussa ut, quandiu talis est, ex eo quod cum eo gestum est, possit quidquam amittere. Sive enim alienare aut repudiare quid tentat, ideo nihil hic amittit, quia prius nihil suum habuit, ac nec servus habere potest, §. *item vobis. Inst. per quas perf. nob. acq.* Sive quid gerit, aut cum alio contrahit, jure civili non obligatur, *L. servi. D. de obligation. et action.* usque adeo ut, nec manumissus, de eo quod in servitute gessit teneatur, *tit. an ser. pro suo fac. post. ma. tene. C.* Sed esto nihil amittat servus ex eo contractu; at amittit dominus qui ex contractu servi obligatur de peculio, §. *actiones autem, Inst. de action.* An non ergo saltem dominus qui eo contractu læsus est, ex persona servi in integrum restitui poterit? Quidni, dixerit aliquis, si minor servus rem male gessit captus imperitia ætatis? Sed dominus major est: majoribus hoc edicto non succurritur, sed minoribus. Et imputet sibi dominus qui passus sit minorem servum peculium habere, quo nomine postea ex ejus contractu posset conveniri, aut qui ei aliquid gerendum commiserit: hoc in *d. L.* 3, §. *ultim.* et *L.* 4. *D. de minor.*

III. Quid, si minor liber erit sed filiusfamilias? nam de eo specialiter tractavit Ulpianus in *L.* 3. §. *sed utrum*, et deinceps, *D. de minor.* Sed et de eo proprius titulus est in Codice hac ipsa inscriptione, *de filiofamilias minore.* An ergo filiusfamilias minor, si quid cum eo gestum erit, restitui in integrum potest ex omnibus caussis? Sane ex omnibus caussis non minus quam paterfamilias, si modo ipse quid eo facto amiserit. Non enim eo minus minor est, aut in ea ætate eo minus eadem infirmitate consilii laborat, quia est in potestate patris; sed sæpe magis, dum potestate et metu patris retentus minus hominum mores nosse, minus negotia civilia tractare potuit. Et ideo multis exemplis in unum collectis in *L.* 3. §. *ergo*, et §§. *quatuor seqq. D. de minor.* Ulpianus id agit in summa ut probet, quæcumque filiusfamilias habuit quæ jure filiifamilias concessa sunt, quæcunque ei delata sunt quæ agnoscendo acquirere potuit, si fecit quo aut illa amitteret, aut hæc non acquireret, eum ut in re propter ætatem amissa, in integrum restitui posse.

IV. Quid est ergo, quod hic dubitamus? Dubitatio constitit circa contractus filiorumfamilias minorum. Atque hinc dubitatio, non quod non eorum intersit in integrum restitui, si quid contraxerint: obligantur enim filiifamilias ex omnibus caussis, id est tam ex delictis, quam ex contractibus similiter ut patresfamilias, *L. filiusfamilias, D. de obligatio. et action. L. tam ex contractibus, D. de jud.* Quod si obligantur, læsi sunt, interestque eorum tolli obligationem; sed quod sæpe non videtur fieri posse ut hic restituatur filiusfamilias minor, quin et restituatur pater major: quod fieri edictum non concedit. Etenim, cum quid cum filiofamilias contractum est, ex eo contractu duo obligantur: filius in solidum tanquam principalis reus, et pater de in rem verso, si quid in rem ejus versum; si quid versum non est, de peculio, tanquam principalis istius obligationis accessio, *L. si quis cum, 44, D. de pecul.* §. *præterea, Inst. quod cum eo.* Itaque demus filiofamilias ex hoc contractu restitutionem in integrum; evenire dicemus ut, liberato per in integrum restitutionem filiofamilias reo, liberetur et pater: quia ita jus sit ut in omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberentur, *L. in omnibus speciebus, D. de sol.* At hoc, inquit Ulpianus, *nequaquam fuit prætori propositum* ut per minores filiosfamilias patribus eorum majoribus subveniretur, *prætor enim minoribus auxilium promisit, non majoribus:* hoc ille in *d. L.* 3. §. *sed utrum, de min.* Ipse autem ibidem rem expedit ad hanc sententiam, ut etiam tunc cum filiusfamilias minor (5) contraxit, qua

(4) Mauric, *Cap.* 232. Odd. *P.* 1. *Quæst.* 23. *Artic.* 1. Et sic discrimen inter filiumfamilias et servum, quia hujus persona etiam jure prætorio et extraordinario nulla est, *L. nullo* 7. *ad L. Cor. de fals.* Cujac. 6. *ad Afr. in L.* 4. *h. titul.* Putat tamen Cujacius ubi dominus et servus ambo minores, posse dominum vel servi nomine vel suo restitutionem obtinere.

(5) Et jussu patris contraxit (scilicet extra caussam mutui) si ipse conveniatur *d.* §. 4. Si nempe se obligavit suo nomine et rem suam gessit. Secus si rem patris gessit tanquam ejus mandatarius *L.* 23. *pr. hoc tit.* Duar. *ad tit. Cod. de filiofam. min.* differentiam esse scribens inter casum *d.* §. 4. qui potest fieri ut consulat filio, et mandatum *d. L.* 23. quod semper est alienæ rei: Anton. Fab. *ad L.* 3. §. 4. *hoc titul.* ita: Si mandat filio, ut contrahat de re peculiari, restitutio est *d.* §. 4. Sin ut de re mere paterna, non item *d. L.* 23. quia non tanquam filius et proprio nomine, sed tanquam procurator obligatus est, vid. Azo *in Summa*

ex caussa simul tenetur pater, quodcunque id genus sit contractus, possit filiusfamilias in integrum restitui si modo ejus intersit, idest, ut hoc idem ipse interpretatur, si sit obligatus. Nec metuemus ne eo facto majori succurratur, quod per edictum non licet. Nam pater convenietur nihilominus, vel in solidum si jussu ejus contractum est, vel de in rem verso aut de peculio: idque non tantum si nondum filius impetrarit in integrum restitutionem, sed etsi jam impetrarit. Illud non expedit Ulpianus quod objiciebamus, sublata per in integrum restitutionem filiifamilias obligatione, atque ita liberato principali reo, patrem quoque qui ejus obligationis accessio est, liberari, *d. L. in omnibus speciebus, D. de sol.* Nos respondebimus, superius hoc de veris liberationibus dictum esse, eum scilicet ita liberatur reus, ut et jure tollatur ejus obligatio. Diversum est, cum personæ rei principalis ita subvenitur ut, quanvis teneatur jure civili, ipse tamen auxilio extraordinario prætoris non conveniatur. Quod in restitutione minorum accidit, quæ propterea non rei, sed personæ tribui dicitur, *L. exceptiones*, 2. in fin. *D. de exc.* Hoc modo non reus proprie liberari, sed magis obligatione eadem manente, persona obligatione eximi intelligitur. Quod cum fit, nihilominus alii omnes ejusdem obligationis rei etiam accessiones obligati remaneut, *L. ult. D. de duob. re.* Et certe si, persona rei tantum exempta, manet adhuc vetus obligatio; necesse est quicumque prius ea obligatione tenebantur, eos etiam nunc eodem vinculo teneri.

V. Sed quod dicimus filiumfamilias minorem, ex omnibus caussis quæ eum eo gestæ sint, in integrum restitui posse: meminerimus eum ea conditione semper accipiendum esse, quam supra ex Ulpiano posuimus: si modò ipsius intersit; puta si sit obligatus. Quod si obligatus non erit, non est ei restitutio in integrum necessaria, atque adeo restitutio ei esse non potest qui nihil amisit. Ut autem filiusfamilias, contrahendo vel potius gerendo id ex quo obligatio contrahi solet, tamen eo nomine jure communi non obligetur, tribus in caussis accidit in quibus totidem sunt quodammodo exceptiones quibus efficitur filiumfamilias ex contractu suo in integrum restitui non posse: ac de his potissimum agitur sub Titulo *C. de filiofamilias minore*, estque id præcipuum ejus Tituli argumentum. Una caussa est, si filiusfamilias mutuam pecuniam acceperit contra senatusconsultum Macedonianum. Negat *L. 1. si frater, eod. tit.* filiumfamilias ex hac caussa in integrum restitutionem postulare posse. Nempe ideo, quod senatusconsulto Macedoniano efficitur ne filiusfamilias ex hac caussa teneatur, ac proinde ne quid amittat; *L. 1. D. de senat. Macedon.*

VI. Altera caussa est eodem rescripto comprehensa, si filiusfamilias mutoam pecuniam acceperit jussu patris; qua ipsa in caussa ibidem restitutio in integrum filiifamiliss denegatur. Neque illic solum, sed et ab Ulpiano diserte in *d. L.* 3. §. *sed utrum*, illic, *si igitur filius. D. de min.* sic enim ille scribit: *si igitur filius conveniatur postulat auxilium, excepta mutui datione: in hac enim, si jussu patris mutuam pecuniam accepit, non adjuvatur:* quod prius diximus, ex hac caussa eum in integrum restitui non posse. At cur non potest? An quod tenetur et conveniri utiliter potest, nec juvatur auxilio hujus edicti? Immo ideo, quia (6) ne hic quidem filiusfamilias tenetur, tutus senatusconsulto: ut proinde fru-

*Cod. de filiof. min.* et Cujac. *ad d.* §. 4. Mauric. *Cap.* 243. Scip. Gentil. *de Bon. matern. Cap.* 24.

(6) Convenit Odd. *P.* 2. *Quæst.* 51. *Art.* 6. *in fin.* scribens, si contra exceptionem Macedoniani replicetur de jussu patris, duplicari de recursu creditoris contra patrem Sed A. Fab. *ad d.* §. 4. totum versum *exceptà mutui* irreptitium ex glossa interpretis statuit, vel a Triboniano adjectum. Et idem paolo post totum §. 4. plurifariam corrupisse Tribonianum contendit. Quæ ut probare religio est, ita convellere nunc non vacat. Enimvero nec Donelli ratio hic plane arridet. Nam præterquam quod expositio *d. L.* 7. §. 11. satis dura; etiam in *d. L.* 2. *Cod. de filiofam. min.* clare hæc sejunguntur jussu patris contractum, et contra SC. contractum. Taceo quod *d. vers. excepta* verba *non adjuvatur* convincunt non restitutionis tantum auxilium, sed et quodvis aliud hic negari. Alias dixisset JC. *non necessaria est restitutio, supervacuum est etc.* Quid quod ex Donelli nostri sententia, ut infra *Cap.* 11. *n.* 14, restitutio hæc cum alia actione vel exceptione concurrere potest. Denique satis inhumanum, si bona fide jussu patris permotus filio minor credidit, alias non crediturus, jacturam pecuniæ quandoque faciat; quod huic Donelli opinioni consequens. Pone. Pater post creditum a filio acceptum decessit priusquam litem contra patrem movere creditor potuit. Filiofamilias, si semel parta est Senatusconsulti Macedoniani exceptio, utique durat etiamsi sui juris factus, modo eo tempore non agnoverit debitum, vid. *supra Lib.* 12. *Cap.* 28. Quare, illo posito, etsi creditum acceptum filius non perdiderit, creditor excludetur, quia in Senatusconsulto non quæritur an pecunia salva sit nec ne,

stra desideret in integrum restitutionem. Cur enim si tenetur ex hac caussa jure communi, minus ex ea restitui possit quam ex cæteris? Quod quidem aperte confirmat Ulpianus in *d. L.* 3. §. *sed utrum.* Qui enim qui jussu patris obligatus sit, diserte scribit et conveniri posse invito patre; et si conveniatur, hoc ipso quod tenetur, auxilium impetrare debere.

VII. At videamus jam, ne his verbis Ulpianus utrumque illud repudiet quod paulo ante posuimus. Negavimus enim filiumfamilias ex mutui caussa teneri, quanvis jussu patris mutuam pecuniam acceperit; et quia non tenetur, etiam negavimus eum auxilio restitutionis uti posse. Ille supra scriptis verbis utrumque contra dicere videtur, et teneri eum qui jussu patris contraxerit, et simul juvari auxilio hujus edicti. Sed non hoc dicit Ulpianus; loquitur enim de filiofamilias, non qui jussu patris quid gesserit, sed qui jussu patris sit obligatus. Bene enim qui sit obligatus, etiam restitui posse dicit. Nos de non obligato loquimur. Et hoc quidem in cæteris contractibus omnibus accidit, ut filiusfamilias jussu patris contrahens obligetur: ex quo est et in illis adversus obligationem filiifamilias in integrum restitutio. In pecunia filiofamilias mutuo data jussu patris locum non habet. Quippe in cæteris contractibus nulla parte juris defenditur filiusfamilias quominus obligetur. In pecunia mutuo accepta senatusconsulto juvatur, quamvis jussu patris acceperit. Quid est igitur quod idem Ulpianus alibi de pecunia filiofamilias jussu patris mutuo data scribit, cessare scilicet in ea caussa Macedonianum? hoc enim ille diserte in *L. item, §. interdum. D. de sen. Mac.* Id sic accipiemus, cessare in persona patris, non etiam filii. In persona patris cessat ideo quia, ut ibidem subjicit, *patris voluntate contrarium videtur.* At non ideo cessat in persona filii; sive quod senatusconsultum utrique scriptum est, patri et filio: ut si pater senatusconsulto non juvatur, nihil tamen vetet quominus filius ex persona sua senatusconsulti auxilium retineat; sive potius quod pecunia filiofamilias jussu patris credita quodammodo patri ipsi credita videtur, *L. 1. D. quod jussu.* Certe est ipsi quæsita; ut proinde æquum sit solum patrem tanquam in re a se contracta eo nomine teneri, filiofamilias auxilium senatusconsulti relinqui. Non obstat quod Ulpianus in eo loco, cum prius divisset interdum senatusconsulto locum esse, et tamen in alium actionem dari; et exempli caussa subjecisse, si filiusfamilias institor ab extraneo propositus mutuum acceperit, ipsum senatusconsulti exceptione usurum, sed institoriam actionem adversus eum qui præposuit competere; mox per adversativam distinguit ab hac caussa eam speciem in qua pater ipse filium institorem dedit: in quo ait cessare senatusconsultum. Non enim in eo distinguuntur hæ species, quod in priore filiusfamilias mutuam pecuniam accipiens juvetur senatusconsulto, in posteriore non juvetur: sed in eo, quod in priore datur actio in alium, et nihilominus senatusconsulto locus est; in posteriore datur actio in alium, puta patrem; sed cessat senatusconsultum patri cujus jussu pecunia accepta est, qui alioqui sine jussu senatusconsulto juvari poterat. Ita semper huc res redit in pecunia mutua filiofamilias data ut, quanvis jussu patris ei data sit, tamen quoniam juvatur senatusconsulto Macedoniano ne teneatur, non possit qui obligatus non est in integrum restitutionem postulare, ut est in *d. L. 1. C. de filiof. mi.* vel, ut est in *d. L.* 3. §. *sed utrum*, in pecunia quam jussu patris mutuam accepit, auxilio hujus edicti non adjuvetur.

VIII. Tertia caussa est in qua ex contractu suo non restituitur in integrum filiusfamilias, si is eum fidejussisset pro alio, sive extraneo sive patre, debitori mortuo postea successerit. Non exprimitur quidem hæc exceptio in *L. filiusfamilias, 2. C. de filiofam. min.* sed satis aperte inde colligitur. Illic enim ita scriptum est: si filiusfamilias etiam pro patre fidejusserit (quod de patre additum est amplificandæ dubitationis caussa) posse nihilominus eum in integrum restitutionem postulare: sed hac conditione, *si is patri dicem suum functo non successit.* Ergo si successerit, non restituetur: collectio nostris usitata nec minus certa, cum ex conditione legis deficiente legem cessare colligemus. *L. 1. vers. hujus, D. de off. ejus, L. si procura-*

etc. cum odium fœneratorum præcipue ei caussam dederit, quo et in præsenti considerari nequit. Quare forte aptior ratio gloss. in *d. L.* 4 quam et refert Odd. *d. Artic.* 6. quia quanto majore odio prosequitur L. mutuantes sine jussu patris, tanto majore favore dignata est illos qui eo adhibito, ut contractus ab omni rescissionis periculo tutus præstetur.

Nisi cui magis placeat ratio Mudæi *ad d. L.* 9. quod nec hic credendum sit minorem filiumfamilias læsum esse, non tantum ex communi ratione, in patris propenso animo etc. sed et quod pater ipse se quoque obligaverit, non facturus, ut verosimile, nisi utilitatem aliquam ex contractu præsensisset.

*torem*, 8. §. *si ignorantes*, in fin. et §. *igitur*, *seq. D. mand.* Ideo autem in hac caussa non restituitur minor, quia hac successione fit ut liberetur fidejussoria obligatione, qua prius tenebatur: quoties enim debitori succedit fidejussor, ipso jure fidejussoris obligatio confusione tollitur. *L. Stichum*, §. *quod vulgo. D. de sol.* liberatus, frustra adversus eam obligationem quæ nulla est, postulet in integrum restitutionem. Et qui in hac caussa ex persona sua in integrum restitui non potest tanquam fidejussor, multo minus restitui poterit tanquam heres ex persona defuncti: quia defunctus major fuit, ad quem beneficium hujus edicti non pertinet: neque vero plus juris transire potuit ad heredem, quam fuit apud eum cui successit: de quo mox plura.

IX. Effectum est igitur, quemadmodum prætor de minore viginti quinque annis loquitur generaliter, eique indistincte auxilium pollicetur; ita re vera ac sententia ipsa edicti, quisquis erit minor cum quo quid gestum erit, sive liber sive servus, et sive sui juris, sive filiusfamilias, omnes ad auxilium hujus edicti pertinere, si modo quid amiserit: quod solum tale est ut admittat natura in integrum restitutionem. Nec interest in eo, utrum minor negotium suum gerat, an alienum, dum in alieno quoque quid amiserit. Et ideo si minor sua sponte negotiis alienis interveniens aliquid non recte gesserit, quanvis videatur in eo majoris utilitas versari, tamen restituendum esse placuit, *ne* (7) *majori damnum accidat*: scilicet quia minor hic tenetur domino negotiorum gestorum actione, quam aliter evitare non potest quam si domino cedat auxilium restitutionis quod ex ea caussa nactus est: hoc in *L. quod si*, in princ. *D. de min.*

X. Sed ut minoribus omnibus parata est ex hoc edicto in integrum restitutio, ubi eorum interest; ita animadvertendum est propositum esse edictum (8) solis minoribus.

(7) Ubi rationis *ne majori damnum accidat* hic sensus: quod tanto magis restituendus sit minor contra eum cum quo negocia aliena gerendo contraxit, quanto minus contra dominum ipsum restitui potest. Anton. Fab. *ibid.* Plane enim iniquum fuerit si ex gestione minoris domino ignoranti et cui nihil imputari potest, damnum acciderit. Male vero Faber *ibidem* ex verbis, *si recusaverit d. L.* 24. *pr.* Triboniani manum agnoscit, quia minoris sit postulare, prætoris concedere vel recusare. Quasi vero non passim recusari dicantur quæ delata omittuntur, ut hereditas, vid. *supra Lib.* 7. *Cap.* 7. *N.* 3.

(8) Non tamen excluduntur personæ similes, quæ minorum jure utuntur, Franc. de Caldas *ad L.* 3. *Cod. hoc Tit. in definit. v. minoribus n.* 60. ut sunt Respublica *L.* 4. *Cod. ex quib. caus. maj. L. pen. C. de I. Reip. Lib.* 11. *Tit.* 29 De cujus restitutione et an idem in quavis civitate ac municipio, item in castro et villa aliaque universitate, vid. Sich. *ad d. L.* 4. *Marsil. singul.* 699. Nicol. Ant. Gravat. *Annot. ad Prax.* Vestrii *Lib.* 8. *C.* 3. qui communem esse testatur quemvis pagum hac restitutione gaudere, et Turaminus *ad L.* ... *de jure fisci. P.* 3. *Quæst.* 3. *n.* 16 Duar. *ad Tit. D. etc. ex quibus caus. maj. fol.* 130. qui inde affirmat, 1.° quia si succurritur legatis municipiorum æque ut legatis Reipublicæ *L.* 26. §. *ult. ex quibus caus. maj.* ergo etc. 2.° *per d. L. pen.* quia, ait, toto eo Titulo tractatur de civitatibus, Donell. *ad L.* 27. *de reb. cred. n.* 9 (qui negat) Mauric. *Cap.* 417. *et seqq.* Odd. *P.* 1. *Quæst.* 3. *Art.* 9. et 3. *seqq.* qui fere affirmant ut et Caldas *d. loc. n.* 61. Trentaciinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. Tit. de Restit. in int. Resol.* 3. et *Resol.* 5. Hartman. Pistor. *Lib.* 1. *Quæst.* 37. *n.* 56. *et seqq.* Nicol. Losæus *Tr. de Jure universit. P.* 3. *Cap.* 18. Add. Joan. Kitzel. *Exegesi de Oblig. Mutui Cap.* 4. *n.* 18. *et seqq.* ubi *n.* 20. hanc restitutionem ad eas caussas coarctat quibus, exemplo minorum, alieno consilio et prudentia Respublica indiguit atque ita læsa est. Ecclesia per *L.* 23. *Cod. de SS. Eccles.* quam restitui volunt tam in contractibus *Cap. ubi constitutus, extr. de in int. restit.* quam judiciis *Cap. auditis* 3. *eod. tit.* 6. Idemque in loco alio pio et pia caussa, vid. Marante *Parte* 6. verbo *et quandoque appell. n.* 88. Caldas *d. loc. n.* 60. *et n.* 63. *et seqq.* Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 9 Mathesilan. *Singul.* 44. Odd. *d. Quæst.* 3. *Art.* 4. *et* 2. *Seqq.* Tiraq. *Privil. piæ caussæ* 138. *et seqq.* Sed et Principi restitutionem concedendam volunt, quando ex gestione ejus læditur Respublica; vid. Odd. *d. Quæst.* 3. *Artic.* 13, vel jura imperii et coronæ, Caldas *d. loc. n.* 62. Et fisco, per *L.* 1. *Cod. de sent. ad fisc. lat. L.* 1. *Cod. de vend. rei fisc. Lib.* 10. *tit.* 4. Mauric. *Cap.* 220. Et quia pars Reipublicæ, Duar. *d. loc.* vid. et Odd. *d. Quæst.* 3. *Artic.* 13. Fachinæ. 9. *Contr.* 80. *et seqq.* Et seni decrepito, vid. Caldas *d. loc. n.* 66. Odd. *d. Quæst.* 3. *Articul.* 3. Prodigo quoque adversus gesta ante interdictionem bonorum, tametsi ea jure valeant, *L.* 27. *in final. pr. hoc titulo*, ita subveniri vult Caldas. *ad L.* 3. *Codic. hoc titulo*, verbo *cum non absimilis n.* 3 *et in definitione* verbo *minoribus n.* 65. et alii relati ab Harprecht. *Process. judiciarii Decade* 2. *Concl.* 2. Sed contrarium verius ac receptius est, cum *d. L.* 27. *pr.* de prodigo adolescente et sic minore loquatur, sed cui nondum interdictio facta, Petrus Barbosa *ad L.* 3. *et* 4. *D. Sol. matrim. n.* 20. *et seqq.* Quid in furioso, muto, surdo, etc. vid. Odd. *d. Q.* 3. *Artic.* 1. *et* 2. Plane mulier, etsi minori in quibusdam comparetur Jure civili,

Ex quo rursum intelligimus, sive quid cum majore gestum sit, sive quid gestum cum minore quod alteri acquiratur: puta gestum a filiofamilias minore quod acquiratur patri; ex quo aut major aut minor ipse in integrum restitui postulet, cessare in integrum restitutionem. Ac de eo quod gestum est cum majore, jus certum est. Non subvenitur, ait Ulpianus, hoc edicto majoribus. *nequaquam enim fuit hoc prætori propositum; qui minoribus nominatim auxilium promisit, non majoribus:* hoc ille in *L.* 3. §. *sed utrum,* in prin. *D. de min.* Idque ita est, etsi quis rem minoris gerens ex ea causa obligationem aliquam in se susceperit. Ut puta: sua voluntate quis minorem in judicio defendit, et condemnatus est. Potest, inquit Paulus, ex caussa judicati conveniri: nec ejus quem defendit ætas ad restitutionem impetrandam ei prodesse poterit, *L. eum qui,* 47. *D. de min.* Quod quidem non edicti solum verba efficiunt; sed etiam, et quidem multo magis, edicti ratio. Habet edictum hanc rationem, ut eleganter descripsit Ulpianus æquitatem hujus edicti in *L.* 1. in prin. *de minor.* Constat enim inter omnes fragile esse et infirmum consilium hujus ætatis: idemque propter imperitiam et facilitatem multis captionibus et insidiis expositum, ut nihil sit magis secundum naturalem æquitatem, quam adversus captiones isti infirmitati opem ferre. Hæc ratio ad majores annis non pertinet. Unde intelligitur nec edictum ad eos pertinere, *arg. in L. quod dictum, D. de pact. L. de eo, et L. quid enim, seq. D. de jud. L. in omnibus caussis id observatur, D. de reg. jur.* Adeo autem verum est, quod cum majore gestum sit non habere in integrum restitutionem, ut si quis quod minor gessit, major factus comprobaverit, cesset restitutio, *L.* 3. § 1. *D. de min. tit. C. si ma. fac. rat. hab.* Non alia de causa, quam quod a majore gestum videri incipit, quod a majore iterum inducitur. Sed de hoc plura postea inter exceptiones hujus edicti: hæc enim ex illis una est.

XL. Denique ut intelligatur de eo quod cum majore gestum sit, nullam omnino in integrum restitutionem esse: etsi majori isti, cum quo res gesta erat, minor (9) successerit, nihilominus in toto eo negotio cessabit restitutio, et minor jure defuncti utetur. Ut puta: pater contrahendo rem male gessit, et filiumfamilias minorem fidejussorem dedit. Jam ante diximus, si filius patri defuncto successerit, eum in integrum restitui non posse, quod indicatur in *L. filiusfamilias,* 2. *C. de filiofam. min.* Non enim restituetur ex persona sua qui amplius ex caussa fidejussionis ipso jure non obligatur: non ex persona patris, qui beneficium restitutionis non habuit. Item pater obligatus in eam caussam res suas pignori dedit. Mortuo patre, cum neque pupillus heres neque tutores ejus pecuniam solverent, creditores jus suum executi pignora distraxerunt. Rescriptum est adversus hanc distractionem, nullam esse in integrum restitutionem pupillo, quamvis aliqua culpa ejus, aut tutorum argui possit, quod rem distrahi passi sint: usque adeo ut, quamvis creditor non bona fide versatus sit in pignore distrahendo, tamen placet eum magis aut tutores pupilli potius, quam emptorem conveniri debere: cautum in *L. ult. C. si ad vend. pig.* congruit *L. Æmilius, vers. Dicebam. D. de minor.* Item; quidam fundum emerat lege commissoria ita ut, si intra quatuor menses pretium non solveret, fundus esset inemptus. Is decessit pupillo herede relicto. Tutores cum legi non paruissent, venditor jure suo usus alii fundum vendidit. Pauli sententia est in *d. L. Æmilius, de min.* pupillum adversus eam venditionem restitui non posse, quia nec pater posset a quo hæc vendendi alteri potestas nata est. Refert quidem Paulus eo loco Imperatorem, cum assidente Paulo de ea caussa cognosceret, aliud in ea judicasse: sed motum ideo, quia amplius in specie ejus facti proponebatur venditor sæpius interpellasse tutores ut pretium solverent, quo facto videri posset a lege priora sua recessisse; et prælerea priores tutores qui pretium non

maxime vero jure Saxonico, non tamen in hac restitutione si cum curatore contraxerit, Wesenbec. *Cons.* 11. *n.* 27. qui tamen in contrarium valde propendat, etsi definire non audeat, *Cons.* 25. *n.* 18.) Moll. *in Nov. collect. Sax.* 16. *p.* 0. *n.* 98. Rauchar. *P.* 1. *Quæst.* 32. *n.* 88. adde Cacheran. *Decis.* 87. Sarmient. 2. *Select. Interpret. ult. n.* 10. Tametsi muliebrem sexum caussam restitutioni ex capite ignorantiæ sæpius præbere velint, vid. Odd. *P.* 1. *Q.* 10.

(9) Vid. Mauric. *Cap.* 82. Odd. *P.* 2. *Quæst.* 86. *Art.* 2. Matthæ. de Afflict. *Decis. Neap.* 212. *ibidem in Annot.* Cæs. Ursill. Hinc quærit Mauric. *Cap.* 102. an si procurator ad donandum a patre constitutus donaverit, mortuo patre, efficacia sui mandati antequam revocatio ei intimata fuerit, restitutio cesset? Patet autem eum esse restitutio ex clausula generali, *L.* 1. *ex quibus caus. maj.* si quod a patre actum filius minor se ignorasse proponat. Quod si mortuo patre revocare potuit mandatum ex edicto de minoribus, tanquam læsum in eo quod non revocavit. Atqui certissimum est, mandatum morte finiri, nec revocatio heredum necessaria.

solvissent, suspecti pronuntiati essent: fac igitur aliquid horum deesse: relinquitur illæsa sententia Pauli (10) quam non refragante Imperatoris sententia sequi debeamus. Quominus autem de toto hoc jure dubitetur, faciet inspecta persona et conditio heredis, quæque sunt de jure heredis receptæ veterum sententiæ. Heres nihil amplius est, quam successor, is qui in jus succedit quod defunctus habuit. *L. hereditas, D. de reg. jur. L. heres in omne, D. de acq. her.* Non potest igitur plus juris penes heredem esse in his quæ a defuncto profecta sunt, quam defunctus habuit, *L. nemo plus, D. de reg. jur.* Inde dictum: qui in jus dominiumve succedit, eodem jure uti debere. *L. qui in jus D. de reg. jur.* Inde et illud: ex persona heredum non immutari conditionem obligationis, *L. 2. §. ex his, D. de verb. obl.* Quare, si potestas distrahendi pignoris aut recedendi a venditione nata est a defuncto cum quo res contracta est; si idem re distracta adversus eam venditionem in integrum restitui non potuit qui major erat, quanvis pecuniam aliquo casu non solvisset: omnino ne heres quidem ejus poterit, quanvis minor aut pupillus, quocumque casu factum sit quominus pecuniam solveret: ne incipiat dici plus juris eos habere in re a defuncto contracta, quam defunctus habuit, aut conditionem obligationis quæ apud defunctum fuerat, ex persona heredum immutari. Quod si quis movetur favore ætatis quæ hic aliquid omisit in rebus gerendis et pecunia solvenda, is hoc responsum habeat quod refertur ex adverso in simili specie in *L. 3. D. quib. ex caus. in pos. eat.* perquam (11) iniquum esse creditores sequi conditionem ejus heredis, quanvis pupilli, cum quo nihil contraxerint: et alibi, heredem in re hereditaria nullo suo privilegio excusari, *L. heres, in pr. D. de jud.*

XII. Plane si quid gestum sit cum majore, cujus gesti incommodum ad minorem pertineat, etiam hic minorem in integrum restitui posse recte placuit. Sic enim vi ipsa res cum minore gesta est: veluti, si (12) in re et caussa pupilli vel adulti, tutoribus aut curatoribus conventis, contra eos sententia lata sit. Quia enim hinc est in pupillum vel adultum judicati actio, *L. si se, 4. D. de re jud.* ideo receptum est eos in hac re restitutionis auxilium, non minus quam si adversus eos fuisset statutum, implorare posse: cautum in *L. ult. C. si ad. rem jud.*

XIII. Non solum autem quod cum majore gestum est non recipit in integrum restitutionem; sed ne illud quidem quod gestum est cum minore, si majoris caussa gestum erit aut majori quæsitum, sive major eo no-

(10) Ita Duar. *ad tit. C. Si adv. vend. pig. fol.* 97. Sententia et Pauli et decretum Antonini non contraria. Nam ita decrevit Imperator propter varias circumstantias caussasque, nec rationem Pauli improbavit. Neque ea ratione sola motus Imperator quod dies committendi incidit in tempus pupilli, et factum ex negligentia sua et tutoris ut dies exiret, quæ sola non efficax foret, sed et aliis. Nec in vers. *dicebam* Paulus reprobat sententiam Imperatoris, sed ait alia spectari posse, maxime id quod petendo pretium post *L. Commissoriam* renunciasse legi videtur, *L. pen. de L. Commiss.* Et ita statuit Duar. 4. rationes junctas in *d. L.* 38. profuisse pupillo 1.° quia dies committendi incidit, etc. 2.° recessum a lege videtur petitione pretii. 3.° durities *L. Commissoriæ* in proposito 4.° Fraus tutorum, qui ut suspecti remoti, add. Cujac. ad *d. L.* 38. P. Gilken. *de Præscrip. P.* 3. *Cap.* 1. *n.* 37. *et seqq.* Odd. *P.* 2. *Q.* 86. *Art.* 2. Non ignoro Anton. Fabrum qui hac de re fuse tractat 25. *Err. Prag.* 5. *et seqq.* putare Paulum ab Imperatore plane dissentire, nec germana ratione Antoninum motum esse, quo et ante eum inclinavit Azo in *Summa Cod. hoc tit. n.* 9. Sed ea hic examinare nimis longum foret et tædiosum. Plane quod his ipsis casibus quibus ex edicto de minoribus non restituitur; ei tamen ex generali clausula, *L.* 1. *Quib. ca. maj.* succurratur, ut receptior fert opinio Mauric. *Cap.* 101. *n.* 3. Odd. *d. Q.* 86. *Artic.* meliori jure reprobari videtur a Fr. Curtio Seniore *Cons.* 58. et Ant. Fabro *d. Err.* 5.

(11) Et facit, *L.* 3. *Quib. ex ca. in poss. eat.* Et fieri non potest ut lubrico ætatis lapsus sit minor, si nihil ipse contraxerit, sed pater ejus, etsi illi heres proponatur, Ant. Fab. 25. *Err. Prag.* 5. Unde Cujac. ad *d. L.* 38. minorem nec ob omissam usurpationem restitui contra usucapionem cœptam adversus defunctum, etsi completa fuerit contra minorem heredem. Male et contra *L.* 45. *h. t.* ubi necesse est usucapionem defuncto currere cœpisse, cum perfecta sit ante natum postumum. Et alia certe ratio est præscriptionis conventionalis quam vulgo vocant, seu lapsus temporis contractus a defuncto gesti, cujus pars quædam tempus est usucapionis, quæ non a conventione, sed a lege. A. Fab. ad *d. L.* 38. *et d. L.* 43. Et cum usucapio contra minorem completur, alienasse, et ita cum eo gestum intelligitur, *L.* 28. *de V. S.* Maur. *Cap.* 102. *n.* 13.

(12) Et gestum cum tutore, juris interpretatione, habetur gestum cum pupillo *L.* 5. *§. pen. de constit. pec.* Atque hoc ita, si in rem minoris lata sententia *d. L. ult.* id est, si minoris nomine condemnatus tutor vel curator, cum de re ejus ageretur, Duar. *ad t. C. Si adv. rem jud.*

mine in integrum restitui postulet, sive minor ipse qui gessit, ita ut re ipsa et effectu majori succurratur. Ut puta: major dominus rem gessit per servum impuberem, aut minori servo concessit liberam peculii administrationem. Quidquid hic servus gesserit etiam si male; major dominus ex hac caussa non restituetur. Majoris enim hic res est, non minoris. *L. 3. §. ult. D. de min.* Idemque est, si proponatur majorem annis viginti quinque negotium aliquod gerendum minori mandasse et illum in ea re deceptum esse, *L. 4. D. eod.* Sed etsi minor res alienas administrarit domini mandatu, in qua administratione per imperitiam multa male gesserit contrahendo cum aliis; non habebit beneficium restitutionis, quamvis alioqui in rebus ad se pertinentibus suo nomine agere et judicio consistere potuerit: quia, inquit Paulus, *eo modo majori potius consuleretur, cujus damno res sit cessura, L. cum mandatu, 23. D. eod.* Sed addit hoc ita esse, nisi eventu damnum minor passurus sit, quia forte quod præstiterit servari ab eo cujus negotia gessit non possit, dum is non est solvendo. Tum enim et res gesta est cum minore, et vere res ejus agitur.

XIV. Sane de eo quod filiusfamilias gesserit, ex quo pater obligari possit de peculio si filius condemnetur, veluti si culpa damnum dederit; potest (13) pater tanquam defensor filii petere in integrum restitutionem ejus nomine, quamvis filius restitui nolit: et ita consequi rebus integris, dum filius ex ea caussa non condemnatur, ne ipse ex caussa judicati teneri incipiat de peculio, qui alioqui condemnato filio, tanquam re cum eo contracta teneretur, *L. 3. §. idem scribit, D. de pecul.* quomodo Joannes apud Accursium recte accepit, *L. patri*, in princ. *D. de min.*

XV. Postquam quod cum minore geritur ad beneficium hujus edicti pertinet, quod geritur cum majore aut majoris caussa non pertinet: quid dicemus, si negotium quod gestum est tale erit ut cœptum sit cum minore, sed desierit in id tempus quo major esse cœperat, ut tum perficeretur? an hic initium spectabimus, ut sit restitutioni locus quasi de eo quod cum minore gestum est: an vero finem, ut cesset in integrum restitutio tanquam in eo quod cum majore gestum sit? Et placet (14) extremum spectandum, ideoque restitutionem cessare, *L. 3. §. 1. D. de min.* Merito: tunc enim vere negotium quodque geri intelligitur cum perficitur. Cujus rei exemplum proponitur tale in *d. L. 3. §. 1.* Minor annis viginti quinque, annos forte viginti quatuor agens, egit tutelæ cum tutore suo aut herede tutoris. Judicio deinde in id tempus extracto quo actor major effectus erat annis viginti quinque; factum est postea ut tutor heresve ejus absolveretur aut in minorem quantitatem justo condemnaretur sententia judicis. Cum actor non appellasset, desiderabat in integrum restitui, ut sibi iterum de eadem re agere liceret, quia scilicet judicium cœptum esset cum eo, cum adhuc minor esset. Ut verum sit hoc initio inspecto rem cum minore gestam esse, negavit Celsus restituendum, *d. L. 3.* (15) §. 1. quod et constitutum est rescripto Alexandri in *L. 1. C. si ad. rem jud.* Sed hoc Celsus ita temperavit, nisi calliditate adversarii id actum sit ut judicium consulto extraheretur in id tempus cum actor major esset, quo illi adimeretur facultas restitutionis postulandæ, atque ita adversarius liberaretur. Sic enim vere dicetur totam hanc machinationem et damnum amissæ actionis structum esse cum minore. Sed addidit dolum hunc adversarii probari debere: cæterum leviorem suspicionem ejus quasi dolose versati illi non nocere, nec prodesse minori ad impetrandam in integrum restitutionem.

(13) Et proprium hoc jus est patris, si ex caussa peculiari filiusfamilias convenitur, non si ex qualibet alia, *L. 3. §. 4. hoc tit.* A. Fab. ad *d. L. 27. pr.* Mauric. *Cap.* 285. Pet. Barbosa ad *L. 3. et 4. D. Sol. matrim. n.* 15. *et seqq.*

(14) Quia eo ipso comprobavit in minori ætate gesta. Cur enim perficeret, si ratum non haberet, Anton. Fab. ad *d. L. 3. §. 1.* Exemplum in *L. 7. §. 1. de lib. ca.* vid. Mauric. *Cap.* 255.

(15) Cui tamen obstat §. *sequens* 2. *d. L. 3.* vid. *infra Cap.* 12. *N.* 25.

## CAP. VIII.

### Adversus quæ facta minoribus sit ex hoc edicto in integrum restitutio.

*Angustior ex vi verborum significatio edicti* quod cum minore gestum; *ex usu autem et interpretatione latior*. I.

*Definitio superiorum verborum quæ. Tria hinc restitutioni in integrum obnoxia genera factorum*. II.

1. *Illa ex quibus, si quæ habuerat, amisit: Hæc cujusmodi*. III.

2. *Ea ex quibus, si quæ acquirere poterat, omisit: quæ sint hujus generis*. IV.

3. *Cum oneri non necessario se aliquis obligavit: hoc quale sit*. V.

*Superiora facta ut plurimum pertinere ad edictum non ex edicti verbis, sed illius vi potius et sententia*. VI.

I. Ut certa persona est cui hoc edicto tribuitur in integrum restitutio, minor viginti quinque annis: ita certum factum adversus quod tribuitur. Hoc factum notatur edicto his verbis, *quod cum minore gestum esse dicetur*. Si prætor dixisset: quod a minore gestum esse dicetur; sine hæsitatione diceremus quidquid a minore factum esset quo quid illi amitteretur, verbis edicti contineri. Quidquid enim fit a minore quod ad rerum administrationem pertinet, recte ab eo geri dicitur: quomodo et in edicto de his, quæ metus caussa fiunt, illa verba accepta sunt *quod metus caussa gestum erit*. Nunc autem ait prætor in hoc edicto *quod cum minore gestum erit*: quibus verbis significari apparet gestum inter duos ex quibus gerat quid minor cum alio, alius autem cum minore; neque enim idem duorum personam sustineat, ut idem secum ipse gerere quid dicatur, *arg. in L. ille*, 13. *§. pen. D. ad Treb. L. quod autem*, *§. uxori*, *D. de don. int. vir. et uxor*. Itaque si significationem verborum sequimur, continentur tantum his verbis ea quæ ab alio cum minore gesta sunt: si quid autem minor per se gessit solus, non continetur. Proinde non continebitur, si quid minor sibi delatum repudiarit; quod solus quisque facit, non cum alio. Non item quasi contractus; veluti si minor absentis negotia gesserit sine mandatu; si hereditatem adierit, qua aditione legatariis etiam ignorantibus et nihil quidquam cum minore gerentibus se obligavit. Non etiam delicta, ut furtum, damnum datum et similia quæ clam, certe minime cum dominis rerum admitti solent. Multoque minus, si quid adversus ignorantem usucaptum sit. Idcirco incidit res in difficultatem, quæritorque an etiam ista quæ modo dixi contineantur hoc edicto, ut ex his pariter restitui possint minores si quid amiserint: an secus, quia verba edicti deficiant. Et verba edicti superiora sic veteres acceperunt, estque hæc interpretatio cum omnium veterum recepta consensu, tum confirmata innumeris rescriptis Imperatorum quæ exstant in Codice, ut contineatur superioribus verbis quodcumque minoris factum, quodcumque a minore gestum quod, re amissa, desideraret in integrum restitutionem. Id sic interpretatur Ulpianus in *L. ait. D. de min.* et deinceps variis generibus factorum propositis explicata, in quibus omnibus paratam esse ait minoribus in integrum restitutionem. Sed cum sint facta ejus generis innumera; et quæ de his collecta sunt ab Ulpiano in interpretatione hujus edicti, magis ut quodque maxime dubium se offerebat, quam certo ullo illi constituto ordine sint ab eo tradita; ne qua hic exsistat aut ex infinitate factorum incertitudo, aut ex confusione obscuritas, res brevi definitione inclusa ad suas species revocanda est. Ita fiet ut rem definitione expositam, partibus finitam certam habeamus.

II. Sic ergo generaliter definiemus, gestum cum minore in hoc edicto accipiendum esse quidquid a minore factum (1) neglectumve est, quo quid minori exemptum ad alium perveniret. Id quoniam tribus modis effici-

(1) Quod geri omissum, videtur non recte gestum dici; Sed contra, *L. pen. Cod. hoc tit. et passim.* Quia ut stipulationes faciendi continet, non faciendi *§. ultim. I. de V. O.*, ita et hic gestum etiam omissa: Cœptum sane ab acto et contractu subtiliter distinxit Labeo *L. 19. de V. S.* Sed Duar. *hoc tit.* ad verba *gestum esse dicetur*, et Cujac. ad *d. L. 7. pr. post.* Jac. Labitt. *in indice Pandect.* monent applicandam ei *L. 19.* esse *d. L. 7. pr.* qua ostendit Ulpianus negligi hoc edicto subtilem Labeonis differentiam. Unde generale edictum dicitur *L. necessariis 57. de acq. hered.* Quin et contractum latius pro quovis gesto sumitur in *L. 11 §. 2. in fin. hoc tit.* Cujac. *d. loc.* et Pac. 2. *Q.* 91.

tur, totidem sunt factorum hujus generis species, eædem in quibus amissionem rei nostræ consistere initio diximus; quas ipsas idem Ulpianus in hac ipsa restitutione minorum perεleganter complexus est in *L. non omnia, D. de min.* ut sint facta hæc quæ vindicentur hoc edicto in persona minorum; si hi aut quod habuerunt amiserint, aut quod acquirere potuerunt, omiserint, aut se oneri quod non suscipere licuit, obligaverint.

III. Amittit minor quod prius habuit, res alienando; ut donando, vendendo, in dotem dando, pignori obligando, dividendo. Amittit actiones suas remittendo, et debitoribus liberandis; ut judicio agendo quo debitor absolutus sit; ut transigendo; ut novando; de qua specie in *L. minor, 40. de min.;* ut solutam pecuniam a debitore accipiendo. Amittit et tum cum res suas tempore constituto a possessore usucapi sinit, non repetendo. Et in his omnibus in integrum restitutio est. Hinc illi tituli Codicis ad hanc speciem gesti maxime pertinentes quos illic in hoc argumento legimus isto ordine, melius fortasse collocatuti superiore: Si adversus rem judicatam: Si adversus venditionem: Si adversus venditionem pignorum: Si adversus donationem: Si adversus transactionem: vel divisionem: Si adversus solutionem: Si adversus dotem: Si adversus usucapionem. Circa quam speciem notandum est etiam tum recte dici minori rem amissam esse usucapione, cum adversus eum priusquam nasceretur usucapta est. Ideo et nato postea ex hoc edicto (2) restituendam, *L. etiam, 45. de min.* Responsum ex eo, quod qui in utero sunt, cum de commodis eorum agitur, pro jam natis habentur, *L. qui in utero, 1. et 2. D. de stat. hom.*

IV. Omittit minor quod acquirere poterat, delata repudiando; ut (3) repudiando hereditatem, bonorum possessionem, legatum, optionem delatam. Ad hanc speciem pertinet ille titulus Codicis Si ut omissam hæreditatem, vel bonorum possessionem, vel quid aliquid acquirat. Hinc etiam referri debet quod de lucro Ulpianus scribit in *L. ait, §. hodie D. de min.* hodie certo jure nos uti, ut et in lucro minoribus succurratur. Est autem lucrum, quodcumque aliunde delatum sine suo impendio acquirere minor potuit. In quo et succurri nihil aliud est quam, si minor aliquo facto suo id lucrum (4) amiserit, paratum ei esse auxilium, ut id iterum pro vetere facultate amplecti liceat; in quam rem

(a) Recte. Etsi hanc rationem dubitandi desumat A. Fab. ad *d. L.* 45. quod ideo ipso jure currere non videatur usucapio. Male vero Cu ac. ut *not. Cap. præced. N.* 11.

(1) Et restituitur quoque minor ad aditionem hereditatis, si conditionem implere neglexit, *L.* 3. §. 8. *hoc tit.* ubi elegans species, qua nihil gestum cum minore. Etsi enim Prætor heredes non facit, restituit tamen ad adeundum. Quia restitutio reponens in pristinum statum, tantum tollit impedimentum quod aditioni obstabat, Franc. de Caldas ad *l.* 3. *Cod. h. t. in Definit v. tæsis n.* 2. Qui de restitutione contra aditionem hereditatis, et ad eam fuse tractat *ibid. n.* 45 *et seqq.* add Fr. Vivius *Lib.* 3. *Decis.* 443 *n.* 17. *et seqq.*

(4) Ita et Cujac. ad *d. l.* 7. §. 6. *et ibid.* A. Fab. in lucro, id est tum occasione lucri faciendi non usus, vel eam amisit, per *L.* 17. §. 3. *sub fin. de minor.* Et hoc favore ætatis, cum alia restitutio detur adversus damnum. Et re integra maxime, cum res de cujus restitutione tractatur, alteri nondum quæsita, *L.* 24. §. 2. *hoc tit.* Covar. *l. Var. Resol.* 5. *n.* 2. vid. Mauric. *C.* 140. *et seqq.* Odd. *P.* 1. *Q.* 4. *Art.* 8. *et seqq.* Tiraq. *de retr. lignag.* §. 35. *Gl.* 2. *n.* 7. *et seqq.* Sed et contra transactionem omissam minorem restitui notant ex *L.* 9. §. 2. *in fin. hoc tit.* Hinc cautionem tradunt, ne cui lis est cum minore aliquid ei offerat vel transigere instituat. Contra minori suadent ut priusquam litem exerceat, exquirat ab adversario quando decisurus sit litem et ab ea discessurus. Nam si postea minor condemnatus judicio fuerit, ad id posse restitui censet Duar. *ad tit. C. si adv. delict. f.* 104. Fr. Clemens. *Singul.* 29. ita se obtinuisse testans in ardua causa Odd. *P.* 1. *Q.* 66. *Artic.* 5. qui tamen judici expendendum tradit an minor dolo vel imperitia transactionem oblatam non acceptaverit. Et A. Fab. *ad d.* §. 2. *in fin.* etsi restitutio dari nequeat ad id ut possit transigere post judicatum contra *l.* 11. *de transact.* et *sim.* cum et nemo cogi possit ut transigat, *L.* 19. *Cod. de trans.* dari tamen ad hoc ut, quamvis sit omnibus condemnatus, non plus præstare debeat quam præstiturus, si transigendi occasionem non neglexisset. Verum hæc ita generaliter magno errore probantur. Nam *d.* §. 2. *in fin.* loquitur de pœna, de ea quæ est extra rem in quo non vertitur damnum adversarii, nec restitutione minoris illi fit injuria. Satis vero iniquum, si ei qui non tam causæ suæ diffidens, quam odio et execratione litium verecunda *L.* 4. §. 11 *de alien. jud. mut.* cum actionem ad 100. contra minorem haberet, 50. se accepturum et litem derelicturum obtulit nec auditus est, tractatio transactionis frustra sit. Nam eo ipso quod condemnatus minor, creditur vere debuisse, quia sententia pro veritate habetur. Nec contra verum debitum minori succurritur, *L.* 9. §. 6. *de adm. tut.* nec lucrum in illum capiare debet cum adversarii injuria, *L. un. Cod. de reput. quæ fiunt, etc.* vid. Fr. de Caldas ad *L.* 3. *C. h. t. in Definit.* verbo *suæ facilitate n.* 29.

subjiciuntur exempla ab Ulpiano eodem loco. Cujus generis lucrum cum sit emptio penes minorem collata, si meliorem condictionem intra calendas attulisset: recte (5) placuit eum, si adjectione se ab alio superari passus sit, implorantem in integrum restitutionem audiendum esse, si ejus intersit emptam ab eo rem fuisse, veluti quod majorum ejus fuisset: ita tamen ut id quod ex licitatione accessit, ipse offerat venditori, *L. si in emptionem*, 35. *D. de min.* Omittit minor et allegationem in judicio, cum quod pro se allegare poterat ad victoriam imperitia aut incuria non allegat, et ob id vincitur. Proinde et omissam hujusmodi (6) allegationem per in integrum restitutionis auxilium repetere potest, ait Paulus *L. min.* 36. *D. de min.*

V. Oneri non necessario se obligat minor ea faciendo ex quibus obligatio nasci solet; puta contrahendo, quasi contrahendo, delinquendo. Contrahendo: ut promittendo, vendendo, transigendo, judicium (7) suscipiendo quo condemnatur; nam et judicio contrahitur. *L.* 3. **§.** *idem scribit, D. de pecul.* Quasi contrahendo, ut hereditatem adeundo, quo facto se legatariis et æri alieno obligat, **§.** *heres, Inst. de ob!. quæ quas. ex cont. nas. L. more*, 8. *D. de acq. her.* aut legatum agnoscendo ut servum suum manumittat, de qua specie est in *L. si minor*, 33. *D. de min.* Delinquendo: ut si damnum dederit injuria sine dolo malo; atque hinc quoque in integrum restitutio. Et ad hanc speciem hi quoque Tituli Codicis pertinent: Si adversus rem judicatam; Si adversus transactionem; Si ut minor ab hereditate se abstineat: Si adversus creditorem; huc pertinent *L. si minor*, 34. **§.** 1. *L. patri*, **§.** 1. *L. ait*, 7. **§.** *non solum*, 2. *D. de min.*

VI. Sunt ergo hæ factorum species quæ existimatæ sunt hoc edicto contineri et ad ejus restitutionem pertinere. Et continentur verbis sine dubio illa facta omnia quæ aliis cum minore intercesserunt, ut sunt minorum alienationes et contractus cum his habiti; hæc enim vere cum minore geri dicuntur. At cum constet neque minorum repudiationes, neque quasi contractus, neque delicta esse facta ejusmodi, in quibus dici possit minor quid cum alio gerere, aut alius cum minore; perspicuum est ea his verbis edicti non contineri *quod cum minore gestum esse dicetur*. Quod si non continentur, unde hæc interpretatio accepta ut existimentur contineri? Unde illud Ulpiani tanquam ex verbis *Gestum sic accipimus qualiter qualiter: sive contractus sit, sive quid aliud contigit? d. L. ait, de min.* Sumptum hoc recte ex verbis, ut veteres acceperunt: non tamen ut significatio ipsa verborum spectaretur, sed ut vis et potestas verborum, id est effectus rei quam verba exprimunt. Scitum est illud Celsi: *scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*, *L. scire*, *D. de legib.* Vim ac potestatem legum dixit id quod leges verbis spectarunt, quod verbis efficere voluerunt, id est sententiam. Hoc si spectatur in hoc edicto, vere dictum est ex sententia quidem edicti, sed tamen prius ex verbis quæ hanc sententiam indicant, gestum cum minore sic accipiendum, omne minoris factum quo quid amitteret, etiam si per se solus quid fecerit, non alius quisquam cum minore. Cur enim illa quæ geruntur cum minore, rerum translatio-

(5) Quam contra Cujacium exponit Ant. Fab. *ibid.* non de præferendo minore posteriori licitatori, offerendo tantundem; sed restituendo contra venditorem solum. Ne res cujus jam dominus et possessor effectus per verba *penes collocatum*, a venditore minore, tanquam meliore conditione allata, avocetur vid. *idem* 23. *Err. Prag.* 3.

(6) Allegatio pertinet ad omnem exceptionem dilatoriam, ait Duar. *ad t. C. ad rem jud.* item declinatoriam, quando non declinasse judicium nocet. Secus quando non interest magis in uno judicio litigari quam in alio, Caldas *ad L.* 3. *C. h. t. in Definit.* verbo *vel adversarii dolo n.* 11. Nam et alias cum adversus exceptionem omissam restitutio petitur, perscrutatio necessaria an legitimæ exceptiones omissæ et an probatæ minoris intentionem confirmare possint. Ut non audiatur si, vel exceptio elidi possit, vel aliunde initio ejus satis fundata, vid. Mauric. *C.* 50. *n.* 10. add. Imbert. *Enchirid. Jur. Galliæ lit. M. pag.* 241. *et seq.* et communem dicit, sed non servari, Trentac. *Lib.* 2. *Pract. Resol. Tit. de excep. Resol.* 1. *n.* 34. Sed et restitutio datur minori, si judicem recusavit, nec intra tempus præscriptum terminari curavit, aut si non satis mature suspicionis exceptionem objecit, Caldas *d. loc. n* 16. Mauric. *Cap.* 253. De restitutione contra probationes et exceptiones omissas aliave neglecta in judiciis pluribus Caldas *d. loc. n.* 19. *et seqq.* Odd. *P.* 2. *Q.* 64. *et seqq.* Cæs. Contard. *in L. diffamari C.* 3. *n.* 66. *et seqq.* Jo. Bapt. Asin. *Praxi judic.* §. 13. *C.* 2. vers. *septimo.* Trentac. *Lib.* 2. *Pract. Resol. Tit. de excep. Resol.* 1. *n.* 12. *et seqq.*

(7) Item compromittendo, *L.* 34. §. 1. *h. t.* quia melior conditio est bonam caussam foventis, si ordinario judicio rem persequatur, quæ via firmior et tutior, Mauric. *C.* 66. Caldas *in Denifinit.* verbo *sua facilitate n.* 5. excipiens nisi vigore statuti, forte quia lis inter conjunctos, ad hoc adstrictus minor.

nes, liberationes, contractus, restituuntur in integrum beneficio hujus edicti? Non propter hæc ipsa facta quæ, si per se spectantur sola, nihil plane ab aliis differant quæ non merentur in integrum restitutionem; sed quia his factis aliquid abest minori, quod per eam caussam ad alium perveniat: unde et hoc postulatur, hoc etiam æquum est, ut amissum ad minorem redeat. Atqui in repudiationibus minorum, in quasi contractibus, in delictis idem est eventus istorum factorum. Nam repudiando amittit minor quod sequenti loco sibi delatum alius occupat; se obligando et vetere libertate excidit, et simul facit ut propter affinitatem summam non male dici possit ea acquisitio alterius geri cum minore, quæ a minore tanquam rem tradente accipitur. Res igitur in his factis, seu vis et potestas horum factorum eadem. Quapropter in eadem re et eodem effectu sententia et voluntas prætoris eadem. In eadem sententia jus idem: quia id jus est, non quod lex scripsit, sed quod voluit, *L. non dubium C. de legib.* Quod ipsum tamen, quia ex verbis non obscure intelligitur, recte dicitur et hoc acceptum ex verbis. Idque in repudiationibus et similibus factis quæ cum alio non intercedunt, tanto magis admittendum est, quod quæ geruntur duorum consensu, qualia sunt quæ geruntur cum minore, difficilius invito adversario rescinduntur; *L. sicut, C. de obligation. et action ib.* Quod si in his factis non tanta affinitas esset cum superioribus quanta est; tamen ad hoc ut edictum ad ista transferretur, sufficeret dici in his eandem rationem esse, ut in illis idem jus admittendum esse colligeremus, *L. illud, D. ad leg. Aquil.* Nunc cum ea sit omnium affinitas quam dixi, quæ in omnibus eandem amissionem et eandem in alium translationem suo quodam modo constituat: haud abs re est quod omnia hæc ex verbis edicti accipi veteres voluerunt, quando accipiuntur non minus ex verbis quam ex sententia. Illud constat cum minore gestum nullo modo videri, si curator ejus absente eo apud prætorem a cura sit excusatus; quia neque hic quidquam factum a minore est, neque neglectum quo illi exemptum ad alium perveniret. Idcirco, quanvis curator perperam sit excusatus, tamen placuit nullas hic partes esse prætoris ad minorem restituendum in integrum; sed Principem intervenire et reducere eum ad administrationem, qui perperam excusatus est, *L. verum, §. ex facto, D de min.*

## CAP. IX.

Quæcumque facta minorum sint, adversus ea nullam esse in integrum restitutionem beneficio ætatis nisi his factis minores læsi sint. Et quibus modis fiat ne lædantur, ut vel hinc restitui non debeant, vel his non sit restitutio in integrum necessaria.

*Nulla minoribus est in integrum restitutio, cum nulla adest eorum captio seu læsio. Quominus lædantur fieri natura vel jure.* I.

*Natura quomodo: quæ id genus facta seu species; et quare in his sit deneganda minoribus restitutio.* II. III.

*Jure quomodo: interest utrum id genus facta in faciendo vel in omittendo consistant.* IV.

*Priora a minore nata quominus noceant, accidit ex triplici caussa, et unaquæque qualis.* V.

*Posteriora num minoribus noceant, ex genere factorum quæ omittuntur æstimari.* VI.

*Hæc eadem aut ad res delatas acquirendas, aut ad retinendas acquisitas pertinere.* VII.

*In priore genere præcedens factum, cujus omissio minores non lædit, tres caussæ desiderant: quæ illæ.* VIII.

*In posteriore facti omissionem non nocere minori in præscriptionibus temporalibus, præterquam in exceptionibus 30. vel 40. annorum.* IX.

*Quæ alia præscriptionum genera excipiantur.* X.

*Minor quando læsus, sive damnum passus ita, ut inde in integrum ex hoc edicto restituatur.* XI.

*Ad restitutionem nihil refert damni quantitas (magnum damnum quod sit).* XII. XV.

*Nisi de distractione pignoris agatur facta auctoritate magistratus.* XIII.

*Triplex in pignoribus minorum distractis habenda distinctio quoad restitutionem in integrum, et quæ.* XIV.

*Item nisi de pupilli re agatur recte vendita; quæ sit hujusmodi.* XV.

I. Non tamen, ut quidque eorum quæ supra diximus a minore facta erunt, continuo adversus ea restitutioni locus est. Conditio addita est edicto quæ rem temperet, dum quod cum minore gestum erit pollicetur prætor se animadversurum, emendaturum, uti quæque res erit: quod valet, ut initio interpretati sumus, prout res quæque et caussa de qua agetur postulare videbitur; id est in summa, prout æquum et bonum erit, et res feret in integrum restitutionem. His verbis duæ continentur circumstantiæ facti, duæ conditiones quibus prætor auxilium hoc edicto polliceri intelligitur. Una est, si minor cum quo quid gestum est, eo facto captus (1) læsusve erit. Altera, si læsus erit

(1) Etsi damnum, non pecuniarium, sed vel affectionis saltem ratione intersit, ut si res vendita majorum ejus fuit *L.* 35. *h. t.* (etsi casum ibi specialem esse velit, Rondent *Decis. Pisana* 12. *n.* 58. add. A. Fab. 23. *Err. Prag.* 3.) Facit *L.* 22. vers. *nec vero dominat. C. de admin. tut.* Confer de affectione in avitas possessiones Tiraq. *de Retr. lignag. in Præfat. n.* 64. *et seq.* Goth. in *not. d. L.* 12. Rad. Forner. 5. *Rer. Quotid.* 23. Item si emendo incidit in vicinum malum, malamve loci aut aeris temperiem, Odd. *P.* 1. *Q.* 4. *Art.* 10 *n.* 86. et seq. Menoch. 3. *Præsumpt.* 83. Confer. Tiraq. *de Pœn. temper. caussa* 23. Coras. 1. *Misc.* 20. *n.* 5. *et* 6. Vel si intersit ejus litibus non vexari *L.* 6. *h. tit.* vid. Muric. *Cap.* 233. Læsio autem æstimanda tempore contractus, non petitæ restitutionis, ut si rem justo pretio ex necessitate minor vendidit, cujus postea valor crevit, quia pretia rerum subinde mutantur. Sich. *ad L.* 5. *C. de in int. rest.* *n.* 2. Odd. *P.* 1. *Q.* 4. *Art.* 11. *n.* 95. Unde Vasq. *Contr. usu freq.* 69 *n.* 8 *et seq.* restitutionem non dari, si læsio postea emerserit. Enimvero læsio tamen ab initio intelligitur, quoties id fecit minor ex quo potest lædi, licet nondum lædatur; quia debuit prospicere quod potuit evenire *L.* 11. §. 5. *in fin.* *L.* 34. §. 1. *h. t.* arg. *L.* 9. §. 1. vers. *idem queri*, *Locat.* Ant. Fab. *ad d. L.* 34 §. 1. Et sic læsio præsens, etsi damnum futurum quantumvis incertum metuatur, ut si obligationem conditionalem suscepit ante conditionis eventum, vid Odd. *d. Art.* 11. Ipse enim metus per se læsio satis est. Sicuti et metus præsens dicitur futuri periculi, *L.* 11. *pr.* *Quod met. ca.* junct. *L.* 1. *eod.*

lubrico ætatis et sua facilitate. Primum ut captus læsusve sit oportet, *L. verum*, §. *sciendum*, *D. de min. L. minoribus*, *C. de in int. rest. min. L.* 1. *C. de temp. in integ. restit.* Proinde qui læsus non est non habet in integrum restitutionem. Quod, generibus propositis eorum qui non læduntur et eorum generum jure cognito, facile intelligetur. In rebus gerendis quo minus lædatur minor, duobus modis efficitur, ac totidem accidit ut cesset restitutio. Efficitur autem aut natura ipsa rei, aut jure. Illo fit, ut minor restitui non debeat, quanvis sit quod rescindi possit: altero, ut non sit ei in integrum restitutio necessaria, atque adeo res ipsa non ferat rescissionem, eoque nec restitutionem.

II. Natura rei gestæ non læditur minor, cum quod cum eo gestum est valet jure, sed gestum sine damno ejus contingit: dum puta abest quidem et quid de suo, sed pro eo amplius quid accipit, aut accipit tantundem sine incommodo. Exempla hæc sunt: minor rem aliquam suam donavit ita ut jure transferret: sed remunerationem accepit aut parem, aut majorem. Rem vendidit tutore aut curatore auctore; sed vendidit, justo pretio, et rem qua carere potuit. Iisdem auctoribus pecuniam a debitore solutionis caussa accepit atque ita debitorem liberavit: sed eam pecuniam adhuc apud se habet, aut ea in rem ejus versa est. Hereditatem repudiavit, sed damnosam. Contrahendo obligatus est, sed eo genere commercii ex quo adversarius vicissim aut tantundem debet, aut amplius. Ex caussa mutui obligatus est; sed pecuniam habet, aut ex ea locupletior factus est, quæ species est *L. patri*, §. 1. *D. de min.*

III. In his omnibus non restituetur minor ut quod cum eo gestum est, invito adversario rescindatur. Quippe his rebus captus non est et, ut captionem nunc intelligi volumus, non est læsus. Hic autem minores ex edicto impetrare non debere in integrum restitutionem probat Paulus in *L. quod si*, §. *non semper*, *D. de min.* idque ex sententia edicti his argumentis duobus colligit; et quod hic restitui minores non sit æquum; et quod minoribus ipsis sit inutile, atque adeo damnosum. Horum utrumque edicti sententiæ adversari pro certo sumit, et verum est. Pollicetur enim prætor in integrum restitutionem, si res postulabit; at postulat si æquum est concedi, non aliter. Pollicetur restitutionem minoribus; sed certo consilio, nempe ut ipsis consulat, *L.* 1. *D. eod.* cui contrarium est aliquid inducere quod minoribus noceat. Jam vero illud constat non esse æquum libidini minorum permitti ut quoties his visum erit gestum rescindere, id facere possint in necem alterius nullo suo lucro. Malitiosa potius hæc postulatio est cui minime est indulgendum. *L. in fundo*, *D. de rei vind.* Sed et hic minoribus restitutionem concedi, non aliis magis quam ipsis sit inutile: quia potius, inquit Paulus, si ea quæ cum minoribus geruntur semper rescindi poterunt, hoc incommodo magno hujus ætatis homines afficientur, quod nemo cum his contrahere quid aut gerere audebit, atque ita quodammodo commercio eis interdicetur. Sive enim ipsis expediet res aliquas vendere, non reperient emptorem, ubi nemo sit qui audeat accedere ad emptionem; sive volent ab aliis emere res necessarias, non habebunt qui vendant, dum omnes metuent quidquam illis credere: quo incommodo nullum majus adversus minores constitui potuit. Bene igitur, et convenienter edicti sententiæ, in his caussis negant veteres in integrum restitutionem minoribus, ad ea rescindenda quæ cum ipsis gesta sunt, concedi oportere.

IV. Jure fit ut non lædatur minor, cum ea fiunt quæ, si gerantur a majoribus jure rata sint et eos lædant; eadem si fiant a minoribus, jure his non noceant, dum in horum persona pro infectis habentur. Quod cum accidit, perspicuum est in re minoribus jure communi integra non esse his necessariam in integrum restitutionem; quod argumentum est illius Tituli Codicis, *In quibus caussis in integrum restitutio necessaria non est.* Sed quid dicimus in his non esse in integrum restitutionem necessariam? Immo, ut supra attigi, ne res quidem ipsa hic admittit natura restitutionem in integrum; cum prius sit omnino, ut quid amissum sit et integrum esse desierit, quam ut amissum restituatur in integrum, *L.* 2. *C. eo. Tit.* Nunc autem in his rem integram minoribus manere ponimus. Quæ demum facta majoribus damnum rei suæ adferunt, ea in persona minorum non eodem jure habentur, ut his non noceant? Interest utrum quæ jure majoribus nocent, faciendo noceant, an quid non faciendo seu omittendo: faciendo nocent ea quæ facto ipso ad deminutionem rerum comparata sunt, ut simulatque vel semel facta sint, eam deminutionem secum ferant: hujusmodi sunt alienationes rerum nostrarum, debitorum liberationes, rerum delatarum repudiationes, contractus cum aliis interpositi. Hæc cum a majoribus recte gesta sunt, valent eosque tenent. Eadem facta in rerum

minoris administratione non item. Et si quidem alius in rebus minorum illa tentavit, par hic majorum et minorum caussa, ut nemo alieno facto lædatur: non enim quisquam alterius condictionem facere potest deteriorem, *L. solvendo, D. de neg. ges.* Proinde in his adversus alienum factum non indiget minor in integrum restitutione: veluti, si pater res filii emancipati minoris donaverit, quo facto illi eas auferre non potuit: de quo in *L. 2. C. si adv. don.* aut si is qui vere tutor non erat, tanquam tutor nomine pupilli judicio egerit, et sententia contra eum lata sit quæ pronuntiaret rem pupilli non esse, aut pupillo nihil deberi: de quo in *L. 4. C. in quib. caus. in int. rest. nec. non est.* Quod si hæc gesta erunt ab ipso minore, fit interdum ut valeant jure; quo casu etiam restitutioni locus est, veluti, si adolescens curatorem non habens vendidit quod sine decreto alienare poterat: cautum *L. 3. C. de in int. rest. min.* Sed accidit ut plurimum ut eadem illa a minore nata jure non consistant: quod cum fit, eodem tempore evenit ut cesset in integrum restitutio, utpote inutilis et supervacua.

V. Accidit autem id aut ex persona gerentis minoris, aut ex re quæ in contractum alienationemve deducitur, aut ex contrahendi modo. Ex persona minoris, si pupillus alienarit quid, remiserit, repudiarit, contraxerit sine tutoris auctoritate, sine qua certi juris est pupillum conditionem suam deteriorem facere non posse, *Inst. de auct. tut. L. obligari, D. eod.* aut si adolescens curatorem habens eadem facere instituerit sine auctoritate curatoris: quamobrem et in his caussis removetur in integrum restitutio in *L. in caussæ, 2. D. de min.* et *d. L. 3. C. de in integ. rest. min.* Idem, et si minor viginti annis servum manumiserit aliter quam vindicta, *L. 3. C. si ad lib. §. eadem, Inst. quib. ex caus. man. non lic.* Inde etiam sententia adversus indefensos minores lata, non est hic necessaria restitutio in integrum, quia sententia ipso jure nullius momenti est, *L. 4. C. si ad rem jud. L. contra, D. de re jud.* Ex re in contractum aut alienationem deducta, cum ea res minoris deducta est, quæ (2) alienari vetatur sine decreto, cujusmodi sunt prædia minorum; item ex rebus mobilibus eæ quæ asservari possunt nec corrumpuntur tempore, ut vasa aurea, argentea, monilia, *L. 1. D. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt, L. lex quæ, C. de adm. tut.* Propone ergo quid eorum alienandi caussa traditum aut distractum a minore: quanvis tutore aut curatore auctore gestum erit, tamen quia jus alienationem et distractionem inhibet, auxilium restitutionis in hac re non est necessarium, *L. 2. C. si adv. don. L. 2. L. si quidem, C. de præd. min.* Ex contrahendi modo item accidit, si in contractu bonæ fidei deceptus sit minor dolo adversarii in hoc ut contraheret: puta ut venderet rem, falso de vitio eius persuasus, quam alioqui venditurus non esset: aut ut societatem coiret cum homine paupere qui de suis facultatibus multa mentitus persuaserat se eum esse, cum quo societas utiliter coiri posset. Sunt hi contractus hujusmodi, ut quanvis tutoris aut curatoris auctoritas accesserit, tamen ipso jure nullius sint momenti: nam et hoc inter majores jus est, *L. et eleganter, in pr. D. de dol. L. 3. §. ult. D. pro soc. L. in caussæ. 2. D. de min.* Qua rursum de caussa in hac specie ut et in superioribus, denegatur minori ita decepto auxilium in integrum restitutionis in *d. L. in caussæ, 2. de min.* nempe ideo, inquit Ulpianus, quia in his minor satis ipso jure munitus sit, ut hic non desideret extraordinarium auxilium prætoris. Si quid in cæteris contractibus dolo adversarii deceptus gesserit minor, aut in ipsa etiam emptione deceptus sit in pretio ut, vel pluris emeret, vel minoris venderet quod alioqui erat empturus aut venditurus; dum cætera concurrant quæ efficiunt ut minor obligetur, valet contractus ipso jure: sed decepto est doli exceptio aut in factum, rebus integris, *L. si quis cum aliter, D. de verb. obl. L. dolo, C. de inut. stip.* si quid autem ex ea caussa præstiterit, competit ei condictio; sic tamen utrumque, ut nihilominus minor possit ex his caussis in integrum restitui: hoc in *d. L. in caussæ.* illic, *Pomponius quoque, D. de min.* Quod ideo recte placuit, quia et prioribus remediis non est munitus minor ipso jure, et plenius est beneficium in integrum restitutionis; quo uti licet adversus omnem possessorem ad quem res minoris

(2) Vid. *suprà Lib.* 9. *Cap.* 10. *n.* 13. *et seq.* add. Eth. Leonin. 3. *Emend.* 3. Octav. Simoncell. *Tr. de Decret. et solemn. in contract. minor.* Pinel. *in L.* 1. *C. de bo. mat. p.* 3. *n.* 31. *et* 2. *seqq.* Gomez. 2. *Var. Resol.* 14. *n.* 13. *et seqq.* Ant. Fab. 1 *Jurispr.* 12. *Princ.* 8. *Ill.* 54. *et seqq.* Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. Tit. de Minorib. Resol.* 9. Posse tamen disjunctim revocationi rerum alienatarum restitutionem in integrum conjungi ac, ut vocant, cumulari volunt Pr. Sarmient. *de Reditib. ecclesiast. P.* 1. *C.* 4. *n.* 13.

pervenit, quanvis extraneum, ut suo loco dicetur; cum superioribus remediis locus non sit nisi adversus eum cum quo contractum est, aut heredem ejus.

VI. Quæ non faciendo majoribus nocent ad rerum suarum suarum deminutionem, omissiones sunt rerum ad aliquid habendum jure necessariarum: dum scilicet ut res aliqua a nobis habeatur, jus aliquid fieri vult, et id omittitur. De his omissionibus licet in universum ita definire, majoribus quidem quos vis, aut dolus, aut absentia non prohibeat, eas rei habendæ damnum adferre: minoribus autem præterquam paucis admodum in caussis, omnimodo non nocere. Id harum omissionum species indicabunt: quas cum necesse sit tot esse quot sunt eorum factorum quæ omittuntur, eas ex his factis æstimamus.

VII. Eorum vero factorum quæ jure ad aliquid habendum exiguntur, duo sunt genera: quædam enim pertinent ad res delatas acquirendas, quædam ad jam quæsitas retinendas.

VIII. In rebus delatis acquirendis tres caussæ sunt, quarum singulæ ejusmodi aliquod factum præcedens jure desiderent quo delatum acquiratur, neque plures mihi nunc occurrunt: neque adeo plures comprehensas legimus constitutionibus Imperatorum ad definitionem hujus generis. Una caussa est in qua agitur de hereditate ejus qui a familia occisus esse dicitur. De ea hereditate ita cautum est S. C. Silaniano, ne quis heres adeat hereditatem, quam de familia quæstio habita et de conscii supplicium sumptum fuerit. Proinde qui adire volet, curare jubetur ut hæc ita fiant. Qui, hoc omisso, hereditatem adierit sciens, placet ei tanquam indigno hereditatem auferri, et fisco vindicari; *L. 3. §. quod ad caussam, L. 5 §. 1. D. de sen. Sila.* Altera caussa est in qua agitur de hereditate filii intestati mortui, cui mater superstes est. Hæc ad filii successionem vocatur S. C. Tertylliano: sed ex constitutionibus hac conditione; dum filio viventi petierit idoneos tutores vel, prioribus excusatis rejectisve, confestim aliorum nomina ediderit. Ni hæc ita fecerit, cavetur epistola Severi ne jus habeat vindicandorum sibi honorum intestati filii: refertur epistola pene totidem verbis in *L. 2. §. 1. D. qui pet. tut.* et *L. 2. §. si mater non, D. ad Tertyl.* Tertia caussa est, cum in bonæ fidei contractibus aut legatis agitur de usuris pecuniæ aut fructibus rei debitæ. Hæc in his judiciis etiam ante litem contestatam deberi placet; sed ex mora, *L. mora, §. in bonæ, L. usuræ, D. de usur.* Proinde et hac conditione jure communi, si debitor interpellatus sit nec solverit: sic enim fit mora jure communi, *d. L. mora,* in princip. *D. de usur.* Quo fit ut, omissa interpellatione quemadmodum mora non fit, sic nec debeantur usuræ aut fructus. Et majoribus quidem omnes istæ superiorum factorum omissiones nocent, ac superiorum rerum alioqui jure delatarum damnum inferunt. Minoribus vero, ut proposui, omnino non nocent: ut et frustra in his desiderent in integrum restitutionem. Sit ergo minor ejus defuncti heres qui a familia necatus fuit. Is, quæstione de familia non habita, aut nondum de his sumpto supplicio, hereditatem adierit, pro herede gesserit. Placet nihil ei obesse ultionis istius omissionem (3) quominus heres factus hereditatem jure obtineat, *L. 1. C. in quib. caus. in int. rest. non est.* Sit mater filii minor quæ tutores impuberi, dum viveret, non petierit. Placet (4) non ideo ei denegari filii intestati successionem, *L. ult. C. si adv. del.* Sit minor creditor qui legati debitorem, aut eum qui ex bonæ fidei judicio quid debeat non interpellarit ut solveret. Cautum est in *L. 3. C. in quib. caus. in integrum restitut. nec. non est,* in minorum personâ re ipsa et ex solo tempore tardæ solutionis moram fieri in iis judiciis quæ ut aliquid incipiat deberi, moram desiderant, idest in bonæ fidei contractibus, fideicommissis, et legatis: ut intelligamus scilicet in his jam inde a principio ex quo quid minoribus deberi cœpit, tanquam mora facta, usuras et fructus accedere quæ minoribus præstari debeant. Quod plane nihil aliud est quam omissionem interpellationis ejus quæ ad moram requiritur, minori non nocere quominus et sine interpellatione cujusquam a debitore ejus mora fiat. Unde et hæc species relata est inter eas caussas in quibus non est necessaria minoribus in integrum restitutio. Exstat enim, ut dixi, rescriptum in *L. 3. sub eo Titulo Codicis.*

IX. Ad res quæsitas retinendas facto opus est jure in actionibus. Omnes enim, ut nunc jus est, intra certum tempus dantur, sive quæ jam olim ab initio intra certum tempus constitutæ sunt, sive quæ simpliciter propo-

(3) *L. minoribus 6. C. de his quib. ut indig.* Duar. ad d. L. 1.

(4) Vid. Francisc. de Caldas *ad L. 3. C. h. tit. in definit. v. vel adversarii dolo n.* 64. et *n.* 67.

sitæ sunt ab initio, perpetuæ. Nam et hæ postea intra triginta annos ut plurimum conclusæ sunt constitutionibus: nullæ nisi in persona civitatum annos quadraginta excedunt. Hæc ipsa temporis præfinitio in omnibus hoc dictat, ad actionem quamlibet retinendam, crediturì hoc facto opus esse ut ea intra tempus constitutum experiatur: ni faciat, aut ipso jure finiri actionem tempore, aut præscriptione temporis summoveri. Et hoc quidem ita jus est in persona majorum. Minoribus vero hæc eadem cessatio nihil nocet quominus et post constitutum tempus actiones integras retineant; ut nihil hic indigeant, ad eas tanquam tempore amissas recipiendas, in integrum restitutione; exceptis quibusdam caussis de quibus paulo post. Et hoc est quod (5) dicitur, tempus præstitutum ad agendum minori non cedere: tempus minoris ætatis non imputari in id tempus quod lege præstitutum est, seu præscriptioni temporis non imputari: temporales præscriptiones minoribus non currere: quæ omnes formulæ sunt ejusdem rei, et in locis subjectis ad hanc speciem pertinentibus legenti occurrent. Exempla hæc sunt. Quibus querela inofficiosi testamenti competit, his data est intra quinquennium ex quo hereditas adita est: quo tempore exacto, majoribus querela amittitur, seu his præscriptio quinquennii objicitur, *L. si quis filium* in fin. *C. de inoff. test. L. Papinianus*, in fin. et §. *si conditioni, D. eod.* Si hæc minoribus competit, de ea ita scriptum est in *L. 2. C. in quib. caus. in int. rest.* nec non est: *Adolescentiæ tempus non imputari in id quinquennium liberis, cujus præscriptio seram in officiosi quæstionem moventibus opponi solet. Impleta igitur ætate legitima, non est in integrum restitutio necessaria.* Nam quod scriptum est in *L. 1. C. de in integr. rest. min.* inofficiosi querelæ renuntiari posse a minore et palam, et tacita dissimulatione; dissimulationem(6) accipiemus, non omissionem minoris minoris personam cadat, in ea necessariam restitutionem esse Imperator respondit. Nec alienus est Ant. Fab. *ad L. 37. §. 1. D. h. t.* nisi quod hic priorem vers. ita accipere videtur, quod sive hoc sive illo modo renunciatum sit, restitutio cesset. Sub ungi in vers. *nec hoc autem* quod tacito tempore quo fit renunciatio non obtineat in minore, propter auxilium ætatis quo ipso jure tutus est. Sed hac ratione L. plane fugitiva erit. Quare hic alior sensus: Cum quæritur an restitutioni locus contra renunciationem querelæ, *inspiciendum an palam*, id est distinguendum inter apertum renunciationem verbis vel factis claris ostensam. Nec enim minus apertum dicitur quod facto declaratur. Et tacitam dissimulationem, id est quæ sine verbis et nllo facto ex sola negligentia et omissione inducitur. Ita enim dissimulatione dicitur tolli injuria §. *ult. L. de injur.* si non ad animum revocet vel animum sibi patiatur. *Nec hoc autem*, id est in priora parte distinctionis necessaria restitutio, in posteriore non item, sed nec id cadit in personam minoris etc. Utut sit illud; constat contra renunciationem querelæ ex persona minorem restitui *d. L. 1.* ut et contra facta illa quibus voluntas defuncti agnoscitur, Mauric. *d. C. 149. n. 11.* quæ facta *supra Lib. 19. C. 6.* In quo evidens inter querelam et actionem injuriarum discrimen, ut apparet junctis iis quæ *infra C. 12. n. 9.* Et inconcinne Cujac. 17. *Observ.* 17. simul tamen utriusque ex *d. L. 1.* comprobat. Et male idem querelam vindictam persequi vid. *supra Lib. 19. C. 3. N. 7.* Nam si ita esset, contra omissam ejus persecutionem nec restitutio daretur *l. 37. pr. h. t.* nedum ipso jure servaretur minor. Et recte Caldas *d. loc. n. 28.* injuriam in *L. 4. de inof.* latius sumi pro eo quod non jure fit. Quo respectu querelam intentans non dicitur vindictam perse-

(5) At cur hic illæsi servantur minores ipso jure potius quam in contractibus? Duar. *ad L. ult. C. quib. caus.* res ondet. Quia hæ præscriptiones ex quodam juris rigore profectæ quodammodo odiosæ. Durum namque est solo temporis lapsu jure suo privari. Ideoque aliud in præscriptionibus, quæ ex conventionibus contrahentium nascuntur *L. 38. h. tit.* vid. *supra C. 7. n. 11.* et *infra h. C. n. 10.* De præscriptionibus contra minores fuse Vasq. *Lib. 1. de Succes. creat.* §. 10. *n. 39. et seqq.* Mauric. *h. Tr. C. 94. et seqq.* Odd. *P. 2. Q. 88. et seqq.* Gilk. *u. de Prescr. P. 3. C. 1. n. 63. ac seqq.*

(6) Ita et Duar. *ad L. 2. C. In quib. cau. in rest.* Renunciatio tacita quæ in re ipsa sine verbis fit, veluti acceptatione legati etc. et relati ab Oddo *P. 2. Q. 85. Art. 5.* Mulæ. *ad d. L. 1.* Sed Sich. *ibid. n. 3.* hoc non convenire vocabulo *dissimulatione.* Quare *d. L. 1.* correctam esse per *d. L. 2.* Quod minime dicendum. Sed Mauric. *C. 149. n. 8. et 9.* dissimulationem quidem exponit lapsum temporis. Ast non ideo adversari putat *d. L. 2.* quia idem utrobique disponi. Nam verba *nec hoc autem d. L. 1.* convincere quod ipso jure sit tutus. Nec verba *auxilium quod ætati* significare restitutionem in integrum, sed quod Lex nolit præscriptionem currere, alias *d. L. 1* ipsa secum pugnaret. Nam edicit hoc in personam minoris, quod deinde subduceretur per in integrum restitutionem. Convenit Fr. de Caldas *ad L. 3 C. de in int. restit. in definit. v. læsis n. 29.* Auxilium, inquit, ætatis *d. L. 1.* non significat restitutionem, sed privilegium ætatis quo in favorem minoris statutum est tempus ei non currere. Quod licet Bartolo displiceat, quia adversetur proprietati verbi nec congruat titulo sub quo lex posita, tamen, ut sopiatur LL. contrarietas, improprietas ferenda. Expressa autem renunciatio cum in

qua intra quinquennium non agitur de inofficioso, sed factum aliquod ejus quo judicium defuncti agnovit: cujusmodi multa facta sunt quibus, magis tanta dissimulatione injuriæ, quam aperta testatione huic querelæ renuntiatur, ut proponuntur in *L. nihil interest* 12. *L. si is qui admittitur.* 31. §. *ult. D. de inofficioso test.* Similis temporis præfinitio est ad res nostras repetendas quæ ab aliis juste possidentur, decem annorum inter præsentes, et viginti inter absentes. Post quod tempus res possessa transit in jus possessoris, nasciturque ei longi temporis præscriptio qua prior dominus summovetur. De ea ita est rescriptum in *L.* 3. *D. quib. non ob. long. temp. præs. Non est incognitum id temporis quod in minore ætate transmissum est, longi temporis præscriptioni non imputari. Ea enim currere incipit quando ad majorem ætatem dominus rei pervenit.* Sed hoc de præscriptione longi temporis dictum est, quæ per omissionem et negligentiam minoris possidenti nascitur. Diversa caussa est (7) usucapionis in iis rebus minorum quæ possidenti usu acquiri possunt. Nam in his vere procedit ipso jure usucapio, ut etiam nunc adversus eam usucapionem necessarium sit auxilium in integrum restitutionis, ut traditur *L. unica. C. si adv. usucap.* Hoc ideo quia usucaptio non ex minoris cessatione, ut præscriptio; sed ex acquirentis possessione nascitur: hæc autem possessio non est in potestate aut facto minoris, ut dici possit id factum ei nocere non debere. Cum autem aut de hoc jure dubitaretur apud veteres, aut non esset perpetuum, sed in quibusdam caussis illi temporales præscriptiones etiam adversus minores currere permitterent, etsi his eo nomine in integrum restitutionem darent; Justinianus hanc sive dubitationem, sive inæqualitatem hujus juris constitutione edita sustulit: ea est *L. ult. C. in quib. caus. in int. rest. nec non est.* qua (8) cavit in universum, ne præscriptiones temporales adversus minores ipso jure currant; addita hac ratione, quod *melius sit intacta* (minorum) *jura servari, quam post caussam vulneratam remedium quærere.* Post quam constitutionem dicemus si minor non provocavit intra diem, non subveniri ei ut provocet, ut scriptum est in *L. verum*, §. *item si*, sed eum ipso jure salvam habere provocandi facultatem. Et vero si ratio veteris juris, si regulæ consuluntur, id ita constituendum fuit ne ullius facti omissio minoribus noceat, non tantum in priore illo genere, sed etiam in hoc posteriore: et quidem in hoc magis. Certum enim jus est, neque pupillum sine tutoris auctoritate, neque adolescentem qui curatorem habeat, sine auctoritate curatoris quidquam gerere posse quo deteriorem conditionem suam faciat, *Inst. de auct. tut. L.* 3. *C. de in int. rest. min.* Jam vero cum minor ea omittit quæ sunt utriusque generis, omittit sua ipsius vel imperitia vel incuria, sine tutoris aut curatoris auctoritate. Quare necesse est ex jure superiore, quidquid hic a minore omissum est irritum esse, ne minori omissio noceat. Quod si proponatur adolescens curatorem non habens, cui res per se gerere et se obligare permittitur, *L.* 3. *C. de in int. rest. min.* tamen ne huic quidem ex regulis juris obesse debet superiora omisisse. Omittuntur enim ista juris imperitia, dum igno-

qui, sed magis civilem hereditatem jure naturæ sibi debitam petere, add. Odd. *d. Q.* 85. *Art.* 5. Mauric. *d. C.* 149. *n.* 12. Confer. P. Barbosa ad *L. Lucius* 38. *D. Sol. matr. n.* 7. *et* 2. *seqq.* Male vero Ant. Fab. *ad L.* 37. § 1. *h. t.* contra apertam approbationem testamenti non restitui minorem et hanc caussam fuisse cur olim visum fuerit tempora querelæ minori currere non debere, ne alias si currerent, contra ea non posset restitui.

(7) *L.* 45. *h. tit. L.* 35. *de serv. rust.* et consentit Duar. *ad d. L. ult.* quia favorabilior usucapio propter bonam fidem, et Parlador. *t. lier. Quotid.* 1. §. 4. Quia temporalis præscriptio negligentiam punit, quæ in minore notari nequit, add. A. Fab. *ad L.* 45. *h. t.* quia usucapio longe potentior, cum effectum suum operetur sola juris civilis potestate, nec indiget tuitione prætoris qua præscriptiones indigent; quod non expendo. Vulgo distinguunt inter usucapionem quæ contra majorem cœpta, quam contra minorem compleri sentiunt *L.* 45. *h. t.* non autem contra minorem incipere *d. L. ult.* Mauric. *C.* 102 *n.* 11. Odd. *p.* 2. *Q.* 88 *Art.* 4. Error inde, quod præscriptiones cum usucapionibus confunduntur. Duar. *d. L.*

(8) Ant. Fab. *ad L.* 37. §. 1. *v. cessabit. h. tit.* ita: Aut exceptio inducta ex jurisdictione prætoria, et jam olim ea tempora nec minoribus nec aliis qui restitui possunt, currebant, *L.* 2. 3. *et* 6. *C. quib. non obj. lon. tem. præscr.* Alias secum pugnaret prætor, si illis currere pateretur quibus restitutionem pollicetur. Aut ex jure civili; et harum aliæ quarum tempora ipso jure currebant, sed contra id restitutio, ut exceptio non numeratæ pecuniæ. Neque enim prætor potuit efficere ut non curreret tempus non ab ipso, sed a LL. præstitutum. Et de his *d. L. ult.* ut hodie jure non currant. Aliæ quarum currebant, nec contra id restitutio, ut de adulterio, item status defuncti etc. Aliæ quarum tempora non currebant, non quia odiosiores, sed quia si currerent, non dari posset restitutio, ut de inofficioso etc.

rat minor ea jure exigi. Certo autem jure utimur, minoribus viginti quinque annis jus ignorare permissum esse, ut sicubi sit juris ignorantia, non delictum, non lædantur, *L. regula, D. de jur. et fact. ign. L. ult. C. si adv. del.* Sed quod cavit Justinianus in *d. L. ult.* temporales præscriptiones adversus minores ipso jure non currere; ex eo numero nominatim excepit (9) exceptiones triginta vel quadraginta annorum, quas jubet in suo statu remanere: nempe qui status fuit antea ex *L. sicut, §. ult. C. de præs.* 30. *vel* 40. *ann.* ut scilicet adversus pupillos non currant: adversus cæteros minores ita cedant ut sint his hæc intervalla servanda. Addidit præterea Justinianus in (10) *d. L. ult.* temperamentum, ut vellet reliquas exceptiones temporales adversus minores non currere *in omnibus casibus in quibus*, inquit, *vetera jura currere* quidem eas adversus minores concedebant, *per in integrum autem restitutionem eis subveniebant.*

X. Quibus verbis intelligimus excipi duo genera præscriptionum. Primum, si quæ apud veteres tales fuerunt ut placeret eas currere minoribus, nec adversus eas admitti in integrum restitutionem. Alterum earum, si quæ fuerunt a Justiniano ipso qui loquebatur ita inductæ ut eæ adversus minores currerent, sed adversus quas minores restituerentur. Eæ autem prescriptiones in summa occurrunt quatuor, quas ex reliquarum numero superioribus verbis exceptas intelligere debemus: duæ veteres, duæ novæ. Vetus una est, prescriptio quæ objicitur marito uxorem adulterii accusanti. Licuit marito ex lege Julia uxorem adulterii accusare, dummodo accusaret intra sexaginta dies ex quo de adulterio recognovisset. Si intra hos dies non accusasset, placebat adversus eum, quanvis minorem, præscriptionem horum dierum currere, et quidem ita ut ex hac caussa denegaretur ei in integrum restitutio qua admitteretur ad accusandum, *L. auxilium, D. de min.* Ergo et nunc etiam post illam constitutionem Justiniani hoc jus manebit; quia constitutio ad hanc præscriptionem non pertinet. Vetus item altera præscriptio fuit iisdem verbis excepta: præscriptio quinquennii quæ objicitur post id tempus de statu defuncti agenti. Hæc propter favorem libertatis currit olim etiam adversus minores ex lege ut nec minor tempore ipso jure exclusus restitui posset in integrum, ut de eadem re agere liceret, *L. si mater, C. ne de stat. def.* Proinde et nunc quoque idem jus erit. Atque in his præscriptionibus illud animadversione dignum est, quod non solum visum est eas currere debere adversus minores, præter exemplum reliquarum: sed etiam cum fateamur hoc modo lædi minores, placet nihilominus nullam adversus eas competere in integrum restitutionem minoribus. Sed hoc cum manifestam habeat exceptionem hujus auxilii, ad exceptiones hujus edicti referemus, ubi hujus juris ratio amplius cognoscetur. Nova præscriptio temporalis quam placeat adversus minores currere ex constitutione Justiniani, est quæ objicitur marito post

(9) Et adversus has præscriptiones nulla nec ex caussa absentiæ vel militiæ in edicto *Quib. ex ca. maj. restit.*, neque ex priori neque ex posteriori clausula. Ant. Fab. *ad L.* 15. *§. ultim. in fin. ex quib. ca. maj. per L.* 13. *cir. med. C. de præscr.* 30. *ann.* Sed nec minorem contra eas restitui vult idem ad *L.* 26. *§. ult. d. tit.* (diff. Azo *in Summa, C. si adver. Usucap. n.* 2.) Et faciunt verba, *d. L.* 3. *pupillari ætate duntaxat* exempta, add. Mauric. *C.* 109. *et seqq.* qui testatur passim a Senatu Dolano rejectos, qui se adversus tricennariam præscriptionem petierunt restitui etiam minores. Quæ tamen ex illius mente ita accipienda, si minori ejusque antecessoribus scientibus tempora lapsa. Quia, ait, adversus tam longam meram et supinam negligentiam iniquissimum est restitui etiam minorem. Ex caussa vero ignorantiæ etiam majori restitutionem ille cum plerisque (etsi minus recte) indulget, ut not. *supra C.* 5. *N.* 4. Quanto magis minori.

(10) Sed an *d. L. ult.* pertinet ad præscriptiones novis LL. vel statutis inductas, veluti anni et diei in retractu gentilitio, item ad feudi investituram petendam variant DD. Plerique negant, teste Oldo *P.* 2. *Q.* 88. *Art.* 5. et Mudæ. *ad d. L. ult.* ac probat Duar. *ibid.* tum per verba *d. L. ult. in quibus vetera jura*, tum quod hic restitutionem non necessariam arguat *C. constitutione, extr. de in int. rest.* Contrariam opinionem post alios veriorem statuit Old. *d. loc.* adde Tiraq. *de Præscript. §.* 1. *Gl.* 9. (qui diversas Bartoli et Baldi distinctiones hac de re refert) Afflict. *Decis. Neap.* 370 et confer. Jo. Bapt. Asin. *de Exsecut. §.* 4. *C.* 125. *et seqq.* Plane ad præscriptiones conventionales *d. L. ult.* non pertinet, ubi nihil cum minore geritur, sed actus procedit ex potestate per defunctum concessa, *L.* 38. *h. t.* vid. *supra C.* 7. *n.* 11. Duar. *d. lo.* Mauric. *C.* 102. *n.* 14. Old. *Q.* 86. *Art.* 2. Tiraq. *de Retr. lign. §.* 35. *Gl.* 2. Ant. Fab. 25 *Err. Prag.* 5. *et seqq.* Nec ad eas quæ ex testatoris dispositione, etsi in his quandoque restitutio, *L.* 3. *§.* 8 *h. t.* Lex enim facilius moderatur suum inventum, quam contrahentium testantiumve actus et voluntates, Mudæ. *ad d. L. ult.*

tempus statutum agenti de dote cauta, idest quam cavit se accepisse, non tamen numerata. Hujus rei querelam a marito statim omissam placet, marito etiam minori ipso jure amitti: sic tamen, ut possit minor ad eam inducendam in integrum restitui, dum restitutionis postulatio in marito ipso minore non excedat duodecimum annum a die nuptiarum computandum: in mariti autem majoris aut minoris defuncti herede minore non excedat quinquennium: hoc in *auth. si minor, C. de temp. in integ. rest.* Altera præscriptio nova ejusdem Justiniani constitutione inducta, est præscriptio triennii quæ objicitur iis qui, cum agere judicio cœpissent, intra triennium litem non peregerunt; quod tempus a Justiniano præstitutum est finiendis litibus. Hanc voluit Justinianus etiam adversus minores et quidem pupillos currere, quorum caussa tutoribus aut curatoribus auctoribus agi cœpisset, at actorum negligentia factum esset ut triennium exiret: et quidem ita currere ut, dum tutores et curatores, aut fidejussores, heredesve eorum solvendo erunt, adversus hos solos sit minoribus actio ad damnum litis sarciendum, nulla interim adversus eum cum quo lis erat, in integrum restitutio. Quod si res a prioribus servari non possit, tum voluit minoribus in integrum restitutionis auxilium superesse: hoc in *L. properandum, §. ult. C. de jud.* Hæ quoque præscriptiones temporales duæ cum non fuerint ex iis casibus in quibus vetera jura currere temporales præscriptiones adversus minores voluerunt, apparet de his nihil innovare Justinianum in illa constitutione sua *L. ult. C. in quib. caus. in int. rest. nec. non est*; proinde et has in suo statu quo primum a Justiniano inductæ sunt, manere. His præscriptionibus temporalibus quinque aut sex exceptis, generaliter definiemus nullam omissionem rerum ad aliquid acquirendum, aut ad quæsitas jam actiones retinendas necessariarum minoribus ipsojure obesse. Proinde nec in actionibus exercendis ullam præscriptionem temporis quæ ex hujusmodi omissione nasci solet, currere adversus minores. Quo efficitur ut nec his omissionibus minores lædantur; non læsi non indigeant in integrum restitutione.

XI. Ex his intelligi potest quem minorem læsum accipere debeamus, ut sit ex hac parte restitutioni locus. Sic igitur definiemus minorem in iis quæ ab eo gesta sunt, tum læsum videri cum quod gestum est, quod in faciendo sit, jure communi valuit (nam omissum a minore, minori, præterquam in casibus modo exceptis, omnino non nocet) et in eo diminutionem aliquam rei familiaris passus est, dum aut quod habuit amisit, aut lucrum quod poterat acquirere omisit, aut se oneri alicui obligavit; passus est autem ita ut pro eo non amplius aut tantumdem acceperit, quo id quod abest mutua præstatione pensaretur. Valere autem quod cum minore gestum est ex superioribus intelligimus, si neque rei de qua alienanda agetur, alienatio non sit interdicta, et in omnibus negotiis pupillaribus tutoris auctoritas intervenerit, in negotiis adolescentium curatoris auctoritas, si adolescens curatorem habuit. Cum hæc ita concurrent, tum ita jure communi valet quod gestum est, ut minor læsus restituatur ex hoc edicto, si quidem hoc solum an læsus sit, quæritur.

XII. In hoc damno atque hac deminutione commodorum minoris monendi sumus nihil referre ad restitutionem, utrum magnum detrimentum minor passus sit in re gerenda, an parvum. Quæcumque ob damnum aliquod constituta est actio jure, ea etiam ob minimum damnum competet. (11)

(11) Quæ lex probat etiam in iis quæ juris prætorii modica damna considerari. Quidni? Cum ipse Princeps minima quæque sua cura dignetur *Edict. Justin.* 13. *præf.* Et facit, *L.* 6. *h. t. v. aliquid* quod verbo etiam in minimo, ut loquuntur, verificatur, *L.* 71. §. 7. *de acquir. her.* Item *L.* 27. §. 2. vers. *ult.* ibi *si minori pretio quam oportet vendiderit.* Et quia minor ad lucrum restituitur, *supra C.* 8. *n.* 4. magis pro quolibet damno etsi levi. Nec *d. L.* 4. verba *si majori* otiosa, sed restrictionis causa apposita. Et male qui ex *L. pen. h. tit.* inferunt aut grande damnum aut collusionem tutoris requiri ut detur restitutio, ut ostendit Ant. Fab. *in d. l. pen.* Atque ita fere consentiunt Azo *in Summa, C. h. t. n.* 12. Cujac. *ad. d. l.* 4. (qui tamen, nescio quo errore, *Lib.* 4. *de Feud. Tit.* 13 vix dari hanc pro re mobili scribit) Ræv. 2. *de Præjudic.* 8. *in fin.* Pinel. *in L.* 2. *C. de resc. vend. P.* 1. *C.* 1. *n.* 25 *et seqq.* Covar. 1. *Var. Resol.* 34. *n.* 11. Rebuff. *de Restit. Gl.* 2. *Art.* 11. Branc. de Caldas. *ad l.* 3. *C. h. t. in definit. v. vel adversarii dolo n.* 7. Padilla *in L. quamvis, C. de jur. et fac. ig. n.* 3 Corras. *in L. qui liberos* 19. *de ritu nupt. n.* 3. Fachin. 3. *Contr.* 4. Jo. Garsia Gallecus *de Expensis C.* 18. *n.* 21. Contra hos tamen communis est DD. opinio pro re minima vel etiam modica læsionem non dari, vid. Old *P.* 1. *Q.* 4. *Art.* 12. Ant. Gabr. *Lib.* 2. *Com. conclus. h. t. concl.* 13. Mauric. *C.* 328. *n.* 6. *et seqq.* Mudæ. *ad l.* 5. *C. h. t.* Sed et vulgaris distinctio est in ordinariis remediis et quæ jure communi conceduntur, minima quoque curari. In extraordinariis vero et quæ jure speciali contra jus

*L. si proprietarius*, circa fin. *D. de dam. infect.* Servatur hoc idem in restitutionibus in integrum, ut sit scilicet in integrum restitutio etiam ob rem minimam; cum hac tamen exceptione, dum majori rei non præjudicetur, *L. scio, D. de in. int. rest.* Quod quid valeat, dicetur postea in exceptionibus suo loco.

XIII. Duas species animadverto exceptas ex omnibus in quibus placet minorem ita restitui posse, si in eo quod gestum est grande sit et enorme damnum minoris. Una est, cum ex caussa judicati auctoritate magistratus pignora capta sunt et distracta. Finge in auctione publica rem aliquam multo minoris venditam esse quam valebat. Placet, inquam, minorem adversus eam distractionem in integrum restitui non posse, (12) nisi magno et enormi damno affectus sit: traditum in *L. si ex caussa*, in princip. *D. de minor. L. 1. C. si advers. vend. pign.* Sed quoniam videtur de hac distractione aliud constitui in *L. ult. C. eod tit.* ubi restitutio adversus distractionem pignoris sine ulla exceptione denegatur minori, subjiciam brevem distinctionem quæ rem omnem explicet.

XIV. In pignoribus minorum distractis, cum quæritur an minor adversus eam distractionem restitui possit, multum referre putandum est a quo pignoris initium coeperit, utrum a defuncto cui minor successit, an a minore qui pignus non refragante lege constituerit; an vero a magistratu cujus jussu pignus captum sit et distractum. Si natum est pignus a defuncto qui major fuit, jure suo creditores, cessante herede minore in pecunia solvenda, pignus distrahent, nec ulla est minori adversus eam distractionem in integrum restitutio, *L. ult. C. si adv. vendit. pignor.* Quippe hic cum majore gesta res est, non cum minore; eoque nec ad restitutionem hujus edicti pertinet: de eo diximus in persona minoris. Si pignus contractum est a minore, restituetur, (13) quantulumcumque damnum erit, quod passus sit ex ea distractione: immo adeo, si ejus intersit re sua non carere, seu rem suam

communue non item, vid. Tiraq. in *L. 8. C. de revoc. don. v. omnia vel partem n.* 15. et probant Gail. 2. *Observ.* 102 *n.* 4. Meichsner. *Tomo* 3. *Decis. cons.* 14. *n.* 113. Rad. Forner. 2. *Rer. Quotid.* 5. Sed hanc distinctionem in utroque membro reprobat et convellit Hippol. Riminald. ad *L. 1. Quod quis jur. P.* 2. *n.* 37. *et seqq.* Sicuti nec admittenda illa Gœddei *ad d. L.* 90. *§. 1. de V. S. n.* 4. eodem tendens modica non considerari de æquitate et dispensatione prætoria, secus rigore juris. Nam immo semper æquius est favere læso ac decepto, *L.* 41. *§.* 1. *de R. J.* Add. Menoch. *de Arb. judic. Q. Casu* 75. qui DD eos qui affirmant ex læsione modica restitui minorem, sic intelligit, si comparata dici possit læsio exigua, quæ absolute tamen non ita levis est. Veluti si res digna 1000 vendita 950. Læsio hic in 50 comparata læsioni ei quæ in 500. levis, per se tamen satis gravis minori

(12) Videri posset hic restitutionem plane cessare. Nam qui emit pignora, nihil cum minore gessit. Et nec ipse minor per se aliquid gessit. Nec potest quid ei imputari cui auctoritate prætoris vel judicis res vendita est. Sed contra visum est, ubi alias grande damnum, p. *L.* 9. *pr.* Quia pignus judiciale etsi fiat ex auctoritate judicis, eodemque distrahatur, perinde tamen habendum ac si a minore factum esset. Nam in vicem justæ obligationis succedit auctoritas jubentis, *L. 1. C. si in cau. jud.* et ut vulgo factum judicis factum partis habetur, *L.* 13. *C. de evict.* Ut ita pignus constitutum ab ipso minore intelligatur, Ant. Fab. *ad dict. L.* 6. *pr.* Parlador. *Lib.* 2. *Rer. Quotid. C. fin. P.* 5. *§.* 13. *n.* 18. Parcius conceditur restitutio ob id ipsum quia emptori minus hic imputari potest. Nam et alias minor qui indistincte restitueretur contra eum cum quo ipse contraxit, non æque contra tertium possessorem, *L. in caussæ* 13. *§.* 1. *h. t.* ita Odd. *P.* 1. *Q.* 53. *Art.* 4. add. Mauric. *Cap.* 205.

(13) Consentiunt DD. vulgo, teste Oddo *P.* 2. *Q.* 53. *Art.* 5. per *L.* 7. *§.* 1. *de distr. pignor.* Sed quia dura est expositio *d. L. 1. Cod si adv. vend. pig.* quæ nimis clare de pignorum venditione a creditoribus facta loquitur, eam utior aliis qui, pignore ab ipso minore contracto vendito, minorem non restitui contra emptorem, nisi ob magnum detrimentum, volunt, *d. L* 1 Cujac. et Ant. Fab. *ad dict. L.* 9. *pr.* idem Cujac. 1. *Sent. Pauli* 9. *§. ult.* Mauric. *C.* 204 *et seq.* Mudæ. *ad d. L.* 1. *C. si ad vend. pignor.* tum quia emptor caussam habet non a minore, sed creditore qui emendo nihil cum minore gessit, tum ob solemnitates plures quæ in hac venditione intervenient oportet, Mauric. *d. Cap.* 205. *n.* 2. tum quia ut Mudæ. *d. loc.* Ratio hæc communis, Ut facilius inveniant minores qui sub pignore eis credant, et ut ad venditionem perveniri possit. Invidiosum enim est emere quæ auctione publica a creditoribus venduntur, commiseratione debitorum. Accedit quod ita natura comparatum, ut creditores pignora numquam vendant justo omnino pretio, propterea quod de evictione creditores non tenentur, *tit. C. si cred. pign. evict.* sed debitores, *L.* 13. *C. de evict.* Quorum cum tam anguste res sit ut pignora luere nequeant, parum eo solo prospectum erit emptoribus, Mudæ. *d. loc.* Ex quibus argumentatio nostri ex *d. L.* 13. *§. ult.* facile concidit.

potius habere quam pecuniam. Consequitur hoc minor re a se vendita, cum emptor rem alii vendidit, *L. in caussæ*. 1. §. *ult. D. de min.* Multo magis in re a se pignori data, deinde a creditore vendita idem consequi debeat; cum plus juris habeat emptor in re empta, ut pote traditione dominus effectus, quam creditor in pignore, in quem solum transit nuda possessio, *L. cum et sortis*, §. 1. *D. de pig. act.* Quod si pignus captum erit auctoritate magistratus seu judicis et eadem auctoritate publice, ut fit, distractum: hic locum habet jus illud quod ante retulimus, ut nec hic aliter sit in integrum restitutio minori, quam si in hac distractione magnum sit damnum minoris: neque præterea alibi idem admittemus. Certe utroque illo in loco, id est et in *L. si ex caussa, de min.* et in *L.* 1. *C. si adv. vend. pignor.* superior conditio constanter adhibetur in pignoribus ex caussa judicati captis et distractis. Et vero manifesta ratio est quæ hujus generis pignus distinguat a cæteris et in hoc istam conditionem singulariter exigat. Distrahuntur enim pignora hujus generis publice sub hasta, seu publica auctione. Hastæ fiscalis, et publicæ auctionis autoritas facile convelli non debet, *L.* (14) *si hypothecas, C. de remis. pig.* Non obstat quod in *d. L.* 1. *C. si adv. vend. pignor.* initio generaliter ita definitur, adversus venditiones pignorum quæ a creditoribus fiunt, minoribus subveniri, si magno detrimento afficiantur. Adjicitur enim hæc conditio, non ut significetur, si minores magno detrimento affecti non sint, nunquam eos restitui; quod aperte falsum est saltem in pignoribus a minore profectis: sed illud potius, non semper eos restitui, nisi hæc conditio intervenerit; vel quod idem est, si hæc conditio non exstiterit, eos interdum non restitui. Id autem accidit in pignoribus auctoritate judicis captis et distractis: quo exemplo propterea res declaratur postea in supra scriptis locis.

XV. Magnum et enorme damnum quodnam hic accipere debeamus vellem veteres definivissent, quod prætermissum parum intelligitur. Si conjecturæ locus est, id esse non inepte definiemus, (15) cum res minoris quam dimidia parte justi pretii vendita est. Licet inde conjicere quod venditiones ob non justum pretium rescindi prohibentur, nisi ex magna et insigni læsione. Et hæc magna et insignis ad eam rem judicata est, cum res nec dimidia justi pretii vendita est, *L. si voluntate. L.* 2. *C. de resc. vend.*

XVI. Altera species est, cum res pupilli vel adolescentis recte vendita est, puta auctoribus iis quibus oportet, et res est quam lex distrahi non prohibet. De ea distractione ita scriptum est in (16) *L. pen. D. de min.* distractionem quidem per in integrum

(14) Sed Anton. Fab. ut *N. seq.* hoc omne de venditione privata intelligit, in publica autem subhastatione restitutionem omnino negat.

(15) Consentit Sich. *in auth. Sacrum. puberum C. ac si vend. n.* 41. Sed alii hic arbitrio judicis plurimum tribuunt, Azo *in Summa, C. h. t. n.* 12. arg. *L.* 1. § *ult. de jur. delib.* cui probe negocii gesti circumstantiæ, rei de qua lis est qualitas, item personæ, dives an pauper sit qui restitui petit, expendendæ; cum leve sit locupleti et assiduo quod pauperi magnum, *L.* 53. §. 2. *de judic.* Langlæ. 6. *Semestr.* 2. *pag.* 280. vid. Menoch. *Arb. cas.* 75. Mauric. *C.* 124. Fr. de Caldas. *in Definit.* v. *Læsis n.* 1. Mudæ. ad *L.* 5. *C. h. t.* Odd. *P.* 1. *Q.* 4. *Art.* 12. *n.* 106. *et Art.* 13. Seraphin. *de Priv. juram.* 83. *n.* 88. *et* 2. *seqq.* Wesenbec. *Cons.* 3. *n.* 76. Fr. Munnoz. de Escobar. *Variar. computat. C.* 6. *n* 10. *et seqq.* Plane in *d. L.* 9 *pr.* magnum damnum non dici monet Anton. Fab. *ibid.* si res minoris vendita sit. Nam, ait, ibi restitutione contra sententiam obtenta, creditor qui ursit distractionem pignorum, tenetur minori reddere id quod interest, in quo saltem justum pretium, nec conventum tantum aut a minore solutum continetur. Sed ita, ait, restitutio contra emptorem si adversarius non solvendo et inde grande damnum. Quæ non probo. Quid enim est quod imputari possit ei qui judicio contra minorem obtinuit, si exsecutionem petiit et impetravit?

(16) Quam Anton. Fab. *ibidem* ad privatas venditiones pertinere contendit, ut et *d. L.* 9. *princ.* non ad publicas auctiones, quarum majorem vim esse decet. Et ibi non restitui minorem sentit nec ob grave damnum, nisi collusio tutorum accesserit, per *L.* 7. §. 8. *in fin. h. tit.* Quoties enim, ait, privatim facta venditio, caussari potest minor rem amplioris pretii minoris venisse, quam vendi potuerit publice exposita. Non potest hoc item, si sub hasta venditio facta. Qua enim ratione melius sciri potest verum pretium quam hoc modo? Aut quando alias verum erit tanti rem esse quanti vendi potest? Sed his non moveor. Nam in re manifesta, ubi evidens læsio eaque immodica, conjecturæ non est locus. Et *d. L.* 7. § 8. *et d. L. pen.* una ad aliam trahenda. Firmitas hastæ fiscalis in eo, ut captio vel læsio non facile præsumatur. Quin et in venditione quavis pignoris aliæ solemnitates quas præcedere necesse est, eandem præsumptionem excludunt. Accenseri his solet restitutio contra transactionem, quam ipsam non nisi ex caussa gravioris læsionis concedi volunt, per *L.* 11. *C. de transact.* et quia sui natura utilis est tran-

restitutionem revocari: verumtamen ita, si grande damnum pupilli vel adolescentis versetur. Puto id esse caussæ quod quarum rerum minoris distractionem lex non prohibet, eæ fere tales jam olim fuerunt; hodie sine exceptione tales sunt quæ servando integræ servari non possint, *L. lex-quæ, C. de administ. tut.* ut proinde necesse sit eas vendi, alioqui perituras aut deteriores futuras. Hæc necessitas rei distrahendæ facit ut nihil videatur culpa factum aut contra officium boni patrisfamilias, si res vendita sit tanti quanti qui emere vellent inventi sunt. Quod cum accidit, cessat in integrum restitutio, *L. verum, L. §. sciendum, D. de min.* Sed hoc hactenus admittendum esse recte visum est, nisi grande damnum minoris, puta ut nec dimidia justi pretii res sit vendita. Sic enim ab emptore fraudatio est, qualem nec in majoribus leges ferunt, *d. L. 2. C. de resc. vend.*

sactio eo ipso quod litem exstinguit, per *L. 6. h. t.* Mauric. *Cap.* 210. *et seq.* Franc. de Caldas. ad *L.* 3. *C. h. tit. in defin. v. læsis n.* 163. *et seq.* Sed vid. Odd. *P.* 2. *Q.* 66. *Art.* 4. Est et casus in *C. ad nostram* 11. *de reb. eccles. non al.* quando ecclesia post quadriennium elapsum, (probant verba *per multos annos*) contra juris regulas restitutionem petit, Fr. de Caldas, *d. defin. v. vel adversarii dolo, n.* 9. vid. de materia *d. C.* Pinel. ad *L.* 2. *C. de resc. vend. P.* 2. *C.* 4. 14. *et seq.* add. *not. C. seq. N.* 18.

## CAP. X.

**Non esse satis ad restitutionem in integrum minorem læsum esse: sed oportere læsum esse sua facilitate. Et de temporibus in integrum restitutionis. Obiter et de superiorum rerum probatione.**



I. Non est satis minorem læsum esse in iis quæ cum eo gesta sunt, ut sit restitutioni locus. Illud alterum exigimus amplius, ut vel alieno dolo, vel sua facilitate inciderit in captionem, *L. non omnia, D. de min.* vel ut aliis verbis hoc idem veteres exprimunt, ut captus, læsusve sit (1) lubrico ætatis, *L. verum, §. si locupleti, D. de min. L. 2. C. si*

(1) *L.* 24. §. 1. *D. L.* 5. *C. h. t.* Fr. de Caldas ad *L.* 3. *C. h. t. in defin.* v. *vel adversarii dolo n.* 1. Pulchre Theodoric. Rex Goth. apud Cassiod. 4. *Variar.* 35. uti et insidiantium laquei frustrarentur et lapsis ætas lubrica subveniret, dum ignara pueritia contraria gerit quæ profutura putaverit. Et sic in *L.* 1. *D. de in int. restit.* dicuntur *lapsi* absque facto alterius sua facilitate læsi; *circumscripti* vero per alios decepti, Baro in *d. L.* 1. etsi quandoque circumscriptus et sine dolo dicatur ut *L.* 22. §. *ult. Locati.* Et sic accipiendum quod Harmenop. *L.* 1. *promptuarii tit.* 3. *Cap. de minorib.* per circumscriptionem hic notari damnum, quod ex fraude ac dolo in contractibus patitur minor. Quod si sensit Harmenop. eum ipsum dolum requiri ad restitutionem, gravis error est *d. L.* 5. *pr. C. h. t.* quo et lapsum Bellonum scribit Odd *P.* 1. *Q.* 4. *Art.* 2. Hinc vero patet, etsi solo dolo circumventus sit sine negligentia vel imprudentia, minorem ex hoc edicto restitui. Odd. *P.* 1. *Q.* 4. *Art.* 3 Unde tentari posset minori nunquam de dolo actionem famosam competere, cum semper ei per restitutionem hanc subveniatur. Nec memini exemplum legere minoris de dolo agentis, etsi pupillum quoque ea actio competat. Sed num in libello hæc qualitas adjicienda, quod sua facilitate læsus sit? Ita statuunt, quod alias sit impertinens, ineptus, non concludens, adeoque judicis officio rejici possit, Sich. *ad Rub. Cod. hoc tit. n.* 3. *et ad L. ultim. Cod. eod. n.* 7. Rebuff. *h. Tr. Gl.* 3. *n.* 27. Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. Tit. de Minor. Resol.* 2. *n.* 27. *et seq.* qui ita declarat, nisi dicat se esse *circumscriptum*, quod hæc vocula includat læsionem

*ad. del. L.* 1. *C. de filiof. min.* Sic enim lubricum ætatis eleganti metaphora appellant imbecillitatem et infirmitatem consilii ætatis; qua fit scilicet, ut minor in ea tanquam in loco aliquo lubrico versans facile labatur: unde et minor mater lubrico ætatis labi dicta in *d. L.* 2. *C. si adv. del.* Ac de eo minore qui alieno dolo deceptus sit, non dubitatur quin ei succurri debeat, cum ex ea caussa succurratur et majoribus, *L.* 1. *D. de in i' t. rest. L.* 1. *D. de dol.* De eo potuit dubitari qui sola facilitate sua et lubrico ætatis in fraudem incidit, cum dolus abesset ab eo cui cum minore res gesta est. Sed et hæc ipsa facilitas sola minori læso restitutionem tribuit Neque hanc sententiam difficile fuit cum ex verbis, tum ex mente edicti colligere. Ait enim prætor, quod cum minore gestum erit, non autem quod cum minore dolo gestum erit. Quo significat, etsi nihil dolo malo cum minore gestum erit; si tamen minor læsus erit, se opitulaturum: hoc in verbis. Jam vero mens et consilium prætoris in hoc edicto fuit infirmitati et fragilitati ætatis succurrere, *L.* 1. *D. de dol.* Huic consilio convenit in re a minore gesta hujus infirmitatis solius, ac non alieni tantum doli rationem habere. Sed minorem facilitate saltem sua læsum esse volumus. Si quis aliter læsus quam facilitate sua incidit in captionem, ad auxilium hujus edicti non pertinet.

II. Quibus ergo modis fit ut non lædatur minor sua facilitate et lubrico ætatis, totidem rursum eveniet ut ab hac parte non sit locus in integrum restitutioni. Quominus autem ista facilitate lædatur minor, dupliciter accidit: (2) casu, aut ipsius minoris dolo.

III. Casu; cum, re ab initio consulte et more bonorum patrumfamilias a minore gesta, eventus aliquis improvisus utilitatem aut fructum rei gestæ abstulit.

IV. Consulte minor rem gerit ab initio, si quid gerit aut utiliter aut honeste, seu quod ad honestatem vitæ transigendæ pertineret.

V. Necessario; ut, si quid fecit jure communi coactus, quod scilicet et quivis optimus paterfamilias in eadem re jure facere cogeretur. Nam quæ culpa aut incogitantia in eo intelligi potest, qui etiam si vellet, aliter facere non potuit? *L. cum quidam* §. *si pupillo, D. de usur.* Hujusmodi factum est, cum minor creditor cum pluribus fidejussoribus quos acceperat judicio agens, divisit initio actionem adversus eos, ut singulus pro portione virili conveniret, quia omnes tempore litis contestatæ solvendo erant; facit hoc fortasse minus utiliter, cum singuli jure ipso in solidum obligati sint, et fieri possit ut unus aliquis postea desinat esse solvendo. Sed tamen ex epistola Hadriani ita facere cogitur, §. *si plures, Inst. de fid.* finge ergo id damnum evenisse, quod dixi, ut unus solvendo esse desineret: jure quidem communi ita divisa actione, placet id damnum ad onus ejus qui solvendo est, non pertinere; ut proinde eo jure id damnum solius minoris esse oporteat. Sed an non in integrum restitui poterit minor adversus eum fidejussorem qui solvendo est, ut onus actionis qua prius in solidum tenebatur in se suscipiat, et minor læsus indemnis præstetur? Placet non posse: non enim, inquit in hac specie Papinianus, deceptus videtur actor (3) jure communi usus: hoc ille

sua facilitate vel dolo. Et *n.* 29. id non procedere in caussis summariis. Sed recte Mauric. *C.* 174. *n.* 2. defendi posse quod hoc non adjici necesse sit, per *L.* 7. §. 1. verbis *et captus est* non additur *sua facilitate:* quia hoc sponte sequitur in dubio. Et lex præsumit eum sua facilitate læsum, cum nemo facit velit sibi damnum inferre, add. Caldas *in definit.* v. *sua facilitate. n.* 1. *et* v. *vel adversarii dolo n.* 1. Facit *L.* 66. *de judic.*

(2) Hinc tradunt non restitui contra ea quæ se æqualiter habent ad lucrum et damnum, Rebuff. *h. Tr. gl.* 2. *n.* 8. Fr. de Caldas ad *L.* 3. *C. h. t. v. vel adversarii dolo n.* 12. *per L.* 11. *C. de transact.* vid. *supra Lib,* 19. *C.* 4. *N.* 35. *sub fin.* Indeque post alios Caldas *d. n.* 12. *et* 2. *seqq.* adversus sortem, quibus casibus permissa est, restitutionem nullam esse. Potuit enim sors minori favere. Ergo æquo animo ferat adversum eventum. Quare ait Caldas *n.* 13. bonorum divisio per sortes fratrum vel sociorum non retractanda læsionis caussa, quia omnis læsio cessat etsi ultra dimidium videatur. Nisi sortes per errorem facti dispares constitutæ partibus ignorantibus. Alias, inquit, extra sortis jactum facta divisione, quælibet læsio etiam infra sextam partem dat caussam restitutioni: add. Tiraq. *de Jure primigen. Q.* 17. *Opin.* 1. *n.* 96. *ac* 2. *seqq.* (ubi si intolerabilis deceptio, restitutionem admittit.) Besold. *de Appellat. Cap.* 7. *n.* 11.

(3) Ita et Sich. ad *d. L. ult. n.* 2. *et* 3. exempla referens, ubi minor fidejussit pro parente qui in vinculis est, quia Lex eum cogit ut fidejubeat si vult esse heres patris, *Auth. si captivi Cod. de epis. et cler.* et Mauric. *Cap.* 207. *n.* 3. Item si lege municipali ad quid teneatur, ut si consuetudo sit ut conjuncti compromittant, Sichard. *ibid. n.* 4. Tiraq. *de retr. lignag. ad finem Tituli n.* 54. Mauric. *Cap.* 291. *n.* 6. Odd. *P.* 1 *Q.* 4. *Art.* 7. declarans ut non audiatur, si adversus ipsum actum quem necessario fecit restitui velit. Audiri vero, si in modo quo fecit se

in *L. inter*, *§. cum inter*, *D. de fid.* jure communi usum intelligens eum qui id fecit quod jus commune eum facere cogebat, ut accidit in superiore actionum divisione inter plures fidejussores qui omnes tempore litis contestatæ solvendo erant. Hinc accepta definitio *L. ult. C. de in int. restit.* in hæc verba: *non videtur circumscriptus esse minor qui jure sit usus communi.* Ubi quem jure usum communi interpretari debeamus et qua in specie id accidat, satis ex superioribus intelligi puto. Ejusdem necessitatis et casus in re familiari exemplum est, (4) si puta minor equum necessarium ad opus faciendum emerit, et is morbo aliquo correptus mox perierit: si frumentum emerit ad usum familiæ necessarium, et dum advehitur, casu mersum sit aut direptum a prædonibus. Nulla ne hic quidem est adversus eam emptionem in integrum restitutio minori, quamvis forte in eo magnum damnum passus sit: *non enim*, ut eleganter ait Ulpianus, *eventus damni restitutionem indulget, sed inconsulta facilitas* L. verum, *§. sciendum, D. de minorib.*

VI. Eadem sunt dicenda et si quid ab initio gessit minor non necessario sed utiliter, et idem casus qui supra utilitatem rei gestæ abstulit. Ut puta, delata est minori hereditas in qua erat aliquid æris alieni; sed quo deducto nihiluminus locuples esset hereditas, ut non posset illa sine manifesta utilitate et accessione bonorum cuiquam acquiri. Eam ergo minor tutore vel curatore auctore adiit; et eo lucro quod hereditas ferebat, statim auctus est. Sed paulo post prædia a mari sunt occupata, aut chasmate perierunt, ædes incendio conflagrarunt, repentinus hostium vel prædonum incursus res mobiles sustulit: quibus rebus factum est ut jam hereditas non esset solvendo. Dicimus non eo magis minorem restitui posse adversus creditores hereditarios; sed his, ut ante rebus integris, sic et nunc lapsis cogi respondere: quia quod contigit non ulla inconsulta facilitate contigerit sed fato, potueritque id cuivis patrifamilias quamvis prudentissimo et diligentissimo contingere, *L. verum, §. si locupleti, D. de min.* Sed addit Ulpianus ibidem hanc rem adferre posse in integrum restitutionem minori, si adiit hereditatem in qua multæ res erant mortales, vel prædia urbana ruinosa, æs autem alienum grave: quod non prospexit posse evenire ut demoriantur mancipia, prædia ruant, vel quod non cito distraxerit hæc quæ multis casibus obnoxia sunt.

VII. Idem dicemus, quod tertium posui, et si quid minor initio gessit neque necessario neque utiliter, dum quid impendit, neque inde ullo commodo pecuniario auctus est; sed gessit honeste, puta impendit quod honeste more omnium communi impendi solet in rebus ad honestatem et legem vitæ pertinentibus. Quidquid ab initio honeste et intra modum convenientem minor impendens in alium contulit: quisquis erit facti eventus, etsi is qui fructum speratum minuat, non tamen minor restituetur qui

læsum proponat. Mudæ. ad *d. L. ult.* tres variantes expositiones habet. 1.° Si negocium indifferens commune ad lucrum et damnum, si accidenti læsus. Sententia vera sed strictior verbis legis. Utut enim hic æquo jure et communi usus cum illo cum quo contraxit, non tamen potest dici jus publicum secutus. Ergo per *l.* 116. *§.* 1. *de R. I.* 2.° ut significetur caussa, quasi dicas. Non sequitur: Minor usus est jure communi. Ergo læsus et proinde restituendus. 3.° Quam aliis præfert; Si eo jure quod communiter et indistincte constitutum est minoribus æque ac majoribus sine ætatis discrimine. Somnia vero gravis obrepsit Duareno *ad hunc t. D. fol.* 86. et Hippol. a Collib. *L.* 116. *§.* 1. *de R. I.* (monere hujusmodi curæ pretium ne minores fallantur) speciem ponentibus, cum minor rem vilioris pretii carius emit, quasi in hoc casu *L.* 116. *§. penult. hoc tit.* neget restitutionem, eo quod jure communi liceat ita circumscribere. Quod refellitur *L.* 7. *§.* 1. *hoc tit.* Et jus commune est illud inter majores. Ideo vero *d. §. penult.* prioribus submittitur ut liqueat hoc casu non ipso jure munitum esse minorem, et propterea restitui.

(4) *L.* 47. *§.* 1. *de solut.* Anton. Fab. *ad d. L.* 11. *§.* 4. aliud statuit si rem utilem duntaxat emit. Quia, ait, non est prudentis emere rem mortalem, nisi ea sit prudentia præditus quæ sufficiat ad eam rem ita administrandam ne sibi pereat. Quid si rem mortalem minor justo pretio vendidit, et illud perdidit? Vasq. 3. *Contr. usu. freq.* 66. *n.* 3 non restitui putat, si nec in contractu nec in ipsa solutione læsio intervenerit, sive casu, sive culpa (modo non solventis) postea perierit. Sed ei obsistit *L.* 7. *§.* 2. *hoc tit.* Nec solutio perfecte securum præstat solventem minori, undecunque debitum sit, nisi jussu judicis fiat, vid. *supra Lib.* 16. *Cap.* 10. *n.* 9. *in fin. N.* 6 Benignior tamen sententia videtur, quæ minori negat restitutionem si pecunia soluta casu periit. Concedit autem, si minor eam secordia sua vel male utendo dissipavit et profudit, quomodo Bart. in *d. L.* 7. *§.* 2. *v. perdidit*, interpretatur vid. Odd. *P.* 1. *Q.* 4. *Art.* 5. *n.* 24. Mauric. *Cap.* 175. Caldas *in definit. v. vel adversarii dolo, n.* 5.

in eo ab initio nihil inconsulte gesserit. Huic parti exemplo sunt donatio propter nuptias, et dos a minore profecta. Sponsus minor, si donationem propter nuptias contulit in sponsam curatore auctore, dum congruentem moderationem donationis non excesserit, placet nihil hinc obtentu ætatis revocari posse: cautum in *L.* 1. *C. si adv. don.* Idem placet eadem conditione in dote quam uxor minor marito dederit, ut colligitur ex *L. si ex caussa.* §. 1. *D. de minor.* Idque ita dicimus, ut neque sponsus adversus superiorem donationem, neque uxor adversus dotem a se datam restitui possit, quamvis forte eventu aut uxor donatione, aut maritus dote data se indignum præbuerit, ut sic utriusque indignitas fructum ex utraque re speratum auctori adimat. Et tamen quidquid hic geritur a minore patrimonium suum minuente, neque geritur necessario neque etiam utiliter, si quidem hic pecuniarium commodum spectamus quod nullum ex donatione propter nuptias ad sponsum, ex dote ad uxorem redire constat. Sed sponsus propter donationem consequitur, ut uxorem habeat, aut habeat commodiorem et sibi addictiorem; mulier proter dotem, ut habeat virum, cui sit conjuncta: quibus factis acquiritur ea conjunctio inter marem et fœminam, quæ sola in conjunctione corporum honesta est, quæ eandem legem honestæ vitæ continet; ut appareat, quidquid ad eam conjunctionem conciliandam a minore impenditur more et instituto hominum communi, nihil hic geri inconsulte, sed id quod ab optimo quoque et prudentissimo patrefamilias factum probaretur.

VIII. Verum in *L.* 1. *C. si adv. don.* hoc exigitur nominatim in donatione propter nuptias, ne ea congruentem moderationem excedat. Idem alibi exigitur in dote, significaturque si quid in ea contra factum sit, mulierem circumscriptam videri, et ob id (5) restitui posse, *d. L. si ex caussa.* §. 1. *de minor. L. unica, C. si adv. dot.* Et quoniam donationis propter nuptias modus idem est qui et dotis, *L. si constante, C. de don. prop. nupt.* si cognoverimus quis sit justus modus dotis ut ne minor mulier in ea danda circumscripta videatur, simul quis sit donationis congruens modus intelligemus. Ac de dotis modo comprehensum est breviter in *d. L. si ex caussa* §. 1. Sic enim illic traditur in dotis modo mulieri tanquam circumscriptæ duabus de caussis subveniri, si aut ultra vires patrimonii, id est ultra quam habet in bonis deducto ære alieno, aut eo deducto, totum patrimonium quod habet in dotem dederit. Unde intelligimus totidem modis fieri ut his justa et congruens moderatio dotis excedatur: his vitatis, dos intra congruentem moderationem consistat. Et cur mulier minor videatur circumscripta seu læsa, cum supra vires papatrimonii dotem dedit, non est obscurum. Fit enim hoc modo ut si qui creditores ejus postea exsistant dum non habet unde his solvat, aut in carcerem ducatur, aut cogatur turpiter bonis cedere: quorum in utroque vehementer et aperte læditur. Illud quæri potest cur dicatur circumscripta, si totum patrimonium in dotem dederit: sed patrimonium solum, nihil amplius. Nam hic non est quod metuat mulier, ne non habeat postea unde possit solvere creditoribus: quoniam patrimonium et bona cujusque intelliguntur ea quæ deducto ære alieno supersunt, *L. subsignatum*, §. *bona*, *D. de verb. signif.* Tum autem traditur in *L. nulla, C. de jur. dot.* nulla lege prohibitum esse universa (6) bona in dotem marito fœminam dare. Et in dotis totius patrimonii

(5) Objic. At hæc promissio ipso jure non valet *L.* 61. *pr. de Jur. dot.* Ergo *per L.* 16. *hoc tit.* Res. Duaren. *ad tit. Cod. si adv. dot* distinguit an dolo facta sit, ubi jure invalida, *d. L.* 61. an sine dolo, ubi rescinditur *d. L.* 9 § 2. *d. L. un.* et ita quoque Pac. 2. *Q* 44. Sed Anton Fab. *ad d. L.* 9. §. 1. distinguit ita: si ipsa mulier dotem constituit supra vires patrimonii, necessaria restitutio *d. L.* 9. §. 1. *d. L. un.* Si vero curator ejus, ipso jure tuta est *d. L.* 61. Quia curator in omnibus iis quæ extra officium gerit, nunquam minorem obligat *L.* 4. *Quod. fal. tut.* At sic egreditur officium *l.* 43. § 1. vers *curator de admin. tut.* Aliter Azo *in Summa Cod. si adv. dot n.* 1. Mauric *Cap.* 209 *n.* 4. *et seqq.*

(6) Duar. *ad tit. Cod. si adv. dot.* Etsi nulla L. prohibet omnia in dotem dare, non tamen idcirco prudenter facit. Videndum quid prudens mulier faciat, non quid ei permissum sit. Sed recte Mudæ. *ad d. L. un.* non de eo inquiri an omnia in dotem dederit, sed an circumventa id fecerit. Spectandus hic modus dotis, ex facultatibus et dignitate mulieris maritique statuendus *L.* 60. *de Jur. dot.* Si enim omnia in dotem dederit pauperior longe ditiori, aut alias bene merenti et tanta dote non indigno, læsa non dicetur. Contra sæpe et ei quæ non omnia dedit, ceu læsæ subvenietur; add. Cagnol. *in l.* 2. *C. de resc. vend. n.* 63. *et seq* Petrus Barbosa *in L. æstimatis* 50. *et seq. Sol. matr. n.* 24. Sic læsio insignis, quando iterato nubens secundo marito omnia doti dicit, nullo retento, unde liberis prioris matrimonii possit subvenire, Mauric. *C* 209. *n.* 3. Sicuti et restitutio, si pactum circa dotem inutile fecit *L.*

datione hoc mulieris incommodum est, hæc læsio, quod etsi ex hac datione superest ei quod creditoribus solvat, non tamen superest unde vivat. Nec ad rem pertinet si quis dicat maritum uxorem alere debere, ut ad quem pertineant onera matrimonii in quibus est et hoc, ut is uxorem alat, *L. dotis*, 7. *D de jur. dot.* Fieri enim potest ut maritus homo profusus et egens non possit eam alere: fieri etiam potest ut nolit. Nam quod dicitur nulla lege prohiberi fœminam universa bona sua in dotem dare, verissimum est: unde et si dederit, fatendum est legibus, id est jure ipso communi dationem valere. Sed non eo minus læditur minor fœmina quæ id fecit. Hæc vero læsio est quæ restitutionem tribuit. Quam cum hic admittimus, non ideo negamus si qua mulier omnia bona in dotem dederit, ea legibus et jure communi recte data, sed potius confirmamus. Ideo enim volumus mulierem adversus eam dationem in integrum restitui, quia prius datio jure ipso constiterit. Nam nisi hoc ita esset, non esset illi in integrum restitutio necessaria, *L. in caussæ*, 2. *D. de min.*

IX. Ut minor si casu læsus erit, non est læsus sua facilitate eoque nec restitui potest; ita multo minus utrumque, si dolo suo inciderit in fraudem et damnum rei familiaris. Hanc sententiam et mens prætoris in hoc edicto, et manifesta rei æquitas exigunt. Mens quidem prætoris haud dubia, cui propositum est in hoc edicto minorum infirmitati et simplicitati succurrere, *L. 1. D. de min.* Nihil autem tam contrarium est infirmitati ætatis quam malitia, nihil tam inimicum simplicitati quam fraus et dolus. Æquitas vero illa est ut ne malitia sua cuiquam lucrosa sit, alteri damnosa, *L. 1. D. de dol. L. non fraudantur*, §. 1. *D. de reg. jur.* neve in eo ulla sit ætatis excusatio, quo cuiquam propter eam adversus dolum suum subveniatur. Huc pertinent egregiæ illæ sententiæ veterum: deceptis, non decipientibus jura opitulantur, *L. 2. §. 1. D. ad Vell. L. 2. C. si min. se major. dix.* Et: infirmitas judicii, non calliditas auxilium meruit, *d. L. 2. §. 1. ad Treb.* Et: malorum mores infirmitas animi non excusat, *L. 4. C. si adv. del.* Et: malitia supplet ætatem. Dolus a minore admitti potest tam in contractibus quam in delictis. Utrum horum factum erit, denegatur ei in integrum restitutio, *d. L. si ex caussa*, §. *nunc videndum, de minorib.*

X. In contractibus dupliciter aut ab initio in re contrahenda, aut postea re jam ante contracta.

XI. Ab initio sic solet cum minor (7) se majorem esse dixit, quo citius secum tanquam cum majore contraheretur: in quo hæc distinctio servatur quæ traditur sub *tit. C. si min. se major. dixer.* eaque totius ejus tituli summa est: ut si quidem falsa opinione ductus minor id fecerit, deceptus puta, aut falsis tabulis suarum professionum, ut in *L. 1.* aut priore aliquo judicio quo sive injuria judicis sive adversarii dolo pronuntiatus sit major, ut in *L. penult. et ult.* in hoc errore ei adversus falsam affirmationem non denegetur beneficium ætatis, nisi tamen interposito sacramento majorem se affirmaverit; adversus quod nulla est restitutio, si corporaliter præstitum sit: sin istrumento tantum comprehensum, ita restitutio est, si minor palam et evidenter ex (8) aliorum instrumentorum probatione,

48. §. 1. *h. t.* Pluribus de restitutione contra donationem propter nuptias et dotem Mauric. *C.* 207. *et seqq.* Odd. *P.* 2. *Q.* 59. et ubi de restitutione minoris mariti ob exiguitatem dotis, item fratris ob immodicam dotem sorori constitutam. In parentes vero hoc non cadit, nec potest minor habere filiam nubilem. Moribus nostris quibus omnia uxoris bona doti censentur, omnibus maritus fruitur, etiam nulla dotis constitutione facta, Coler. *Decis.* 18. *n.* 3. *et* 4. *et Decis.* 57. *n.* 3. vid. Frid. Pensold. *in Addit. ad Decis.* Coleri 286. *n.* 205. *et seq.* (in quo labitur *Mauric. d. C.* 209, dum hunc morem ad jus commune accommodat, vid Curt. 1. *Conject. ad fr.* 39. Toming. *Decis.* 30.) quæstioni non tam locus amplius videtur in modo dotis ab ipsa muliere constitutæ. Supererit autem in læsione circa pacta dotalia etc.

(7) Ex hac caussa rescissio contractus validi peti nequit per restitutionem. Secus volunt communius, quando contractus nullus ratione solemnitatis in contractu minorum requisitæ. Quod probe notandum Odd. *P.* 1. *Q.* 24 *Art.* 4. Sed vid. Tiraq. *post LL. Connub. Gl.* 8. *n.* 135. *et seqq.* et Seraphin. *Privileg. juram.* 83. *n.* 4. *et* 3. *et seqq.*

(8) Ita et Odd. *P.* 1. *Q.* 21. *Art.* 2. ut si non corporaliter præstitum sed verbotenus audiatur si non testibus, sed scripturis probare vult. Multa enim sunt, in quibus major vis istrumentis quam testibus, ut in probatione ætatis quæ facile excidit. Duaren. *ad d. t. Cod. si min. se major.* Sed Mauric. *C.* 170. *n.* 8. *et* 9. cum vis et efficacia sacramenti a corporali præstatione non pendeat, sed solius jurantis animum intueri et metiri conveniat; nihil esse putat cur uno casu minus quam alio juvandus sit, ideoque vers. *ult. d. L.* 3. referendum putat ad ejusmodi casum, quo minor a restitutione exclusus, et restringendum ex prioribus, nisi ætatem probaturus.

non per testes, se minorem fuisse ostenderit: hoc in *L. pen.* §. *ult. eod.* Quod si alterius circumveniendi caussa minor ætate se majorem esse dixit, et ex aspectu, idest ex conformatione et figura corporis persuasit adversario ut, quia gestaret longiorem barbam quam pro ætate, aut quia rugæ apparerent in ejus vultu, aut cani aliqui in capite; placet non esse restituendum auxilio ætatis, quodcunque ex eo quod per eam caussam cum alio gestum est damnum traxerit, *L.* 2. *L.* 3. in princ. *C. eod. L. minor*, 32. *D. eod.* Quo loco si de partibus probandi quæratur, non dubito quin minor qui de ætate falsum affirmavit, nisi se falsa aliqua caussa deceptum id affirmasse (9) probet, audiri non debeat: quasi pro adversario satis sit ad dolum minoris arguendum, quod is majorem se, cum non esset, affirmavit. Sive enim scivit se minorem, aperte dolus est: sive ignoravit, hoc ipso dolo fecit quod, cum nesciret, se talem (10) affirmavit sui lucri caussa: certe hi duo in eadem caussa habentur in *L. Julianus*, §. *quod autem*. *D. de action. empt.* Et hoc, nisi quid ipse contra adferat. At hoc si facit, quia ab illo ad defensionem suam ac veluti exceptionem dicitur, etiam ab illo probari debet, *L.* 2. *L. in exceptionibus*, *D. de prob.* Significaturque hoc satis in *L. ultim. C. eod.* his verbis: *qui* (præses) ***si æstimata ætate tua, majorem annis falsa opinione te præsumpsisse ex probationum luce cognoverit: erga minoris personam fidem veri sequetur.*** Volunt ergo illic Imperatores probari præsidi minorem falsa opinione præsumpisse quod affirmabat. Jam hoc nisi a minore ipso dici aut probari non potest. Si enim hoc adversarius confiteretur, neque lis esset, neque rei confessæ probatio quæreretur.

XII. Sed totum hoc quod de minore diximus, qui sciens circumveniendi adversarii caussa falsum affirmavit, sic accipiendum est, si adversarius ignoravit eum minorem esse qui se majorem dicebat. Quod si (11) scivit esse minorem, quominus adversus eum restituatur minor nihil ei su-

Quem sequitur Myns. 4. *Obs.* 20. *in fin.* Sed qui verba legis expendet, hæc non sine eorum cavillatione admitti posse prospiciet. Plane si dolo inductus minor ut se majorem crederet juravit, juramentum ei non obstabit. Quia cum dolo inductus sit ad credendum se majorem, eadem facilitate ad juramentum prosiluit. Ergo argum. *L.* 41. *C. de trans. et eorum quæ infra Cap.* 13. Quanquam dissentit Mauricius, *d. C.* 170. *n.* 2. eo quod cum in vers. *quod si d. L.* 3. dictum fuerit dolum adversarii facere ut hæc assertio non noceat restitutioni, subjecta sit exceptio in vers. *si tamen instrumento etc.* Sed immo is vers. referendus ad proxime præced. vers. *aditus.* Aliter enim adversario ex dolo suo commodum, minori damnum. Quin si dolus facit ne minori noceat juramentum confirmatorium, utique et nec assertorium. Fr. de Caldas, *ad L.* 3 *C. h. t. in definit.* v. *læsis, n.* 8. add. Odd. *d. Q.* 24. *Art.* 5. Fr. Curt. Junior. *Cons.* 118. *et seqq.*

(9) Dissentire videtur Duar. *ad d. t. C.* et apertius Mudæ. *ad L.* 2. *C. d. t.* Quia fieri potest ut errore aliquo prius id dixerit, immo et bona fide apud judicem probare nisus fuerit, *d. L. ult. C. d. t.* Ergo qui dolo factum dicit, probare debet. Confirmat hoc *ex L.* 3. *Cod. d. t.* ibi *si tuum dolum non repererit intercessisse;* non dicitur si repererit non intercessisse. Denique restitutio hic non negatur ob mendacium, sed ob id quod eo minor adversarium decepit. Et consentit de Seraphin. *Privil. juram.* 96. *n.* 12. Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol Tit. de Minor. Resol.* 2. *n.* 22. testans de communi. Quibus vel ideo accedo, quia hæc vis juramenti appositi, ut minor postea allegans se errasse antea asserendo se minorem (nam si scientiam se fefellisse proponeret, propriam turpitudinem et perjurium manifestaret) non audiatur, nisi liquidis istrumentis ætatem doceat. Nec præterea exigitur ut de errore suo doceat. Quanto magis igitur, si non jurata est assertio, dolus abfuisse præsumitur. An autem hoc casu quo sine dolo proprio ex errore vel dolo adversarii se majorem dixit, duplex restitutio 1.° adversus contractum, 2.° adversus confessionem ætatis, res . Mudæ. *ad L.* 1. *C. si min. se major.* hanc non necessariam esse. Quia confessio erronea, sive in judicio sive extra id, quandiu non lata est sententia, revocatur ut ipso jure non noceat. Et recte, quia cum error consensum excludat, necesse est, quicquid errore gestum, si in ipso quod gestum est, (non circa qualitates et accidentia) jure non subsistere. Quod si apud Judicem ætatem falso probavit v. *L.* 7. *C. h. t. juxta L.* 9. *C. de probat.* contra illam probationem datur restitutio, Mudæ. *d. lo.* Dissentit quoad prius Mauric. *d. C.* 170. *n.* 12. Myns. 4. *Obs* 20. Fuse de hac jurata assertione tractat A. Quetta *Cons.* 43. *et aliquot seqq.* add. Fr. Milanens. *Dec.* 2. *Lib.* 1. Seraphin. *Priv. juram.* 96.

(10) Facilis responsio non debuit. Recte. At hoc ipsum tamen quod ignorata asseruit facilitas, est culpa *d.* §. 3 v. *facilis.* Cui ipsi restitutio subvenit.

(11) Et ita si ex utriusque parte dolus, restitutio cessat, Odd. *d. Q.* 24. *Art.* 7. Mauric. *C.* 172. Myns. 4. *Obs.* 20 quia dolus dolo compensatur, *L. si duo* 16. *D. de dolo.* Perinde igitur est ac si neuter dolo fecisset, atque sic minor restituitur attento lubrico consilii. Et cum ambo sint in pari turpitudine, minor potior, non quia de damno certat, ut Sich. *ad L.* 7. *C. de in int. res.*. *n.* 4.

perior affirmatio obstabit. Nam qui scivit, si simulavit se minoris affirmationi credere, is non a minore sed a se decipitur, *L. is qui se*, et *L. nam si actor, seq. D. de rei vindicat.* ut est regula juris: *nemo videtur fraudare eos qui sciunt et consentiunt*, L. nemo videtur, *D. de regul. jur.* Enimvero si de eo erit controversia an adversarius id sciverit, quia is se scivisse neget, minor affirmet: in hac affirmatione minoris probatio erit, ut et in alia omni probatio ejus est qui dicit, non ejus qui negat, *L. 2. L. verius, D. de probation.*

XIII. Sed hoc ita, nisi sit aut tutor, aut cognatus aliquis major sanguine proxime minori conjunctus, puta avunculus, patruus, aut frater major annis qui cum minore quid gesserint. Hi tales habentur ut tutor quidem, propter officium tutelæ in quo tutori convenit penitus pupilli personam perspectam habere, quam recte tueatur, et scire quandiu officium suum duret, quando et qua ætate minoris finiatur; superiores autem cognati propter proximitatem sanguinis non putantur ignari esse ætatis ejus de quo agitur. Hac de caussa placuit, si quid cum his gesserit minor, puta his præstiterit liberationem, quanvis id fecerit ætate sua falso affirmata et probata: nihilominus tamen eum adversus superiores in integrum restitui posse: ut pote eos qui ætatis minoris non ignari, dici non possint decepti esse contraria minoris affirmatione. Sed nec minorem in hac caussa probare debere ætatis suæ eos non fuisse ignaros; quia satis conditione personæ pro iis habeantur qui non ignorent: hæc sententia est, atque hic locus (12) *L. de tutela, C. de in integr. restit. min.*

XIV. Re jam contracta dolus admittitur a minore in contractu, si quid in rebus ad eum contractum pertinentibus sciens faciat intervertendi aut corrumpendi caussa; puta in deposito, commodato, conducto, mandato, societate quid intervertat, aut sciens prudens frangat, rumpat. Quodcumque his factis damnum præstandum erit minori, non eo magis restituetur in integrum, etsi insigniter sit læsus, *d. L. si ex caussa, §. nunc videndum, D. de min.*

XV. In delictis minoris dolus est, cum is delinquit data opera sciens: seu cum sciens quid facit eorum quæ in speciem aliquam delicti cadunt: puta, furatur, rapit, injuriam facit, damnum dat consulto: dum tamen minor is sit, qui infantiam egressus proximus sit pubertati; qui solus existimatur doli capax. *L. impuberem. D. de furt. L. 4. §. quæ in tutore, D. de do. mal. excep. §. in summa, Instit. de oblig. quæ ex del.* Eum vero qui dolo ista faciat, adversus ea in integrum (13) non restitui constat, *d. L. ex caussa, §. nunc videndum. de minor.* Quod sane minus mirum est in delictis, cum ne in contractibus quidem isti dolo relicta sit restitutio in integrum. Illud in delicto non

potest enim et alterius damnum verti etiam magis, sed beneficio ætatis. Objic. At dolus minoris hic quoque faciet ne lubrico ætatis læsus videatur, qui probe novit dolum aliis construere; nec ope prætoria dignus sua calliditate deceptus. Resp. Mudæ. *ad L. 2. C. d. t.* distinguenda sunt objecta doli, seu materia circa quam dolus versatur. Potest minor dolo mentiri ætatem; potest item altero dolo dissimulare notitiam ætatis. Ac circa negocium quod geritur, potest fieri ut vel minor solus vacet dolo, vel uterque; utque solo lubrico ætatis lædatur minor.

(12) In qua L. speciem esse putant doli ex parte utraque. Et probat Mauric. *C.* 172. *n.* 4. vocula *falso*, quia falsitas purum et verum dolum arguat. Quæ tamen ratio tanti non videtur. Plane *ex d. L. 7.* regulam conficiunt quod conjunctus ætatem scire credatur, vid. Mauric. *C.* 318. Quod Sich. *ibid. n.* 9. declarat, si sit magnæ ætatis, non si paris propemodum, quia, ait, sensus corporeus deficeret.

(13) In restitutione enim petitur venia erroris proprii L. 7. *h. t.* et allegatur captio lubricæ ætatis: impudens vero qui delicti veniam petit, Duar. *ad h. t. C. si adv. del* Et magis interest Reipublicæ delicta puniri quam minoribus subveniri, A. Fab. *ad* L. 9 §. 2. *h. t.* vid. Mauric. *C.* 153. *et seqq.* Odd. *P.* 2. *Q.* 80. Jo. Petr. Surd. *Decis.* 216. Fr. de Caldas *ad L. 3. C. h. t. in defin.* verbo *vel adversarii dolo n.* 37. *et seqq.* Sed hæc in delictis veris et quæ admissa constat, si de restitutione adversus ipsum delictum agatur; non si reus delicti in processu læsus omisione allegationum, Caldas *d. lo. n.* 39. Quin et contra confessionem delicti restitutionem concedunt DD. si se errasse proponat, *L.* 6. §. 5. *de confess.* de quo Jo. Ant. Trigona *Singul.* 52. Gutierez. *in Repet. auth. Sacram. puberum n.* 131. *et seq.* (ubi idem statuit, etsi confessio jurata) Menoch. *C.* 268. Mauric. *C.* 327. *et seq.* Caldas *d. loc.* Gomez. 3. *Resol.* 1. *n.* 66. Fachin. 1. *Contr.* 72. Beust. *ad L.* 9. §. 4. *de jurej. n.* 17. Non obst. *L.* 37. vers. *sed ubi*, ibi: *si se adulterum fateatur.* Quæstio enim ibi an sit deprecatio pœnæ post confessionem in qua persistit minor; non an revocatio confessionis allegato errore. (Diss. Sarmient. 3. *Select. Interpr.* 13) Immo et contra transactionem omissam in pœnali actione civili restitui minorem vult Azo *in Summa C. Si adv. delict. n.* 1. Sed male per ea quæ supra *C.* 8. *N.* 4.

numeratur, quod minor ad sententiam audiendam citatus non adfuit, eoque et absentis tanquam (14) contumax condemnatus est. Fieri enim potest ut absit vel per imperitiam vel per incuriam ætatis et juris neglectum, vel etiam hoc animo ut jure suo cedat. Ideo recte dictum est minorem, etsi quasi contumax condemnatus sit, tamen in integrum restitutionem implere posse, *L. minor*. 8. *D. de min.*

XVI. Sed in delictis hoc amplius quæsitum est, an in his omnino subveniri non debeat minoribus, etiamsi ab his dolus malus absit: veluti, si damnum dederint injuria, id est culpa. Nam et hoc delictum est quod lege Aquilia vindicatur: nec delicta solum sponte, sed etiam ignorantia et imperitia quadam contrahuntur, ut est in *L.* 1. *D. de legib.* Rem dubiam fecerunt veterum de hac parte sententiæ pleræque ita scriptæ, ut minoribus in delictis generaliter et sine exceptione in integrum restitutionem adimant. Sic definit Ulpianus (15) in *d. L. si ex caussa*. §. *nunc videndum*: Placet in delictis minoribus non succurri. Tryphoninus eodem modo in *L. auxilium*, *D. eod.* in delictis, inquit, cessat in integrum restitutio: in delictis minor viginti quinque annis non meretur in

(14) Facit *L.* 15. §. 22. *de damn. inf.* Obiic Non potest dolo carere contumax *L.* 199 *de R. J.* Resp. Pac. 2. *Q.* 93. non omnem contumacem esse in dolo, sed qui in exsecutione non paruit, per *L. un. Si quis jus dic. non obt.* A. Fab. *in d. L.* 8. minorem non posse dici contumacem *L.* 54. *de re jud.* *L.* 4. *C. Si adv. rem jud.* ideoque dici *quasi d. L.* 8. quia ubi condemnatus, non quæritur qua ratione, sed quid judicatum; ideoque restitutio necessaria. Sed Caldas *in defin.* v. *læsis n.* 3. *et seq.* reprobatis iis qui in minorem contumaciam non cadere volunt (exinde quod solus in judicio consistere nequit, ad quod resp. in delictis curatoris auctoritatem non spectari) accipit *d. L.* 8. de ficto contumace in quo præsumptus dolus per v. *quasi*, im ro rietatis notam, quomodo et Bald. *ibid.* referente Tessauro *Decis.* 9. *n.* 8.) et probat Gutier. *Lib.* 1. *Pract. Q.* 48. qui et vid. *Lib.* 3. *Q.* 37. quia jura præsumant ex errore potius non comparuisse. Contra igitur, si dolus verus probetur. Verum contumacem minorem et de dolo convictum statuit, quando personaliter citatus respondit se nolle comparere, *C. venerabilibus* §. *secus de sent. excom.* (in quo consentit Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 31. *n.* 8. communem esse testatur Natta *Tomo* 1. *Cons.* 17. *n.* 4.) Aliud, ait, si ad domum citatus et certior factus, aut protestatus in judicio se nolle in Judicem consentire. Hic verus quidem contumax, sed extra dolum verum, proinde restituitur, ita Caldas. Sic Mauric. *C.* 169. minorem verum contumacem, nec contra ipsam contumaciam, nec contra sententiam inde latam restitui. Sed num minor ita restitutus adversario expensas solvere tenetur? Aff Fachin. post alios 8. *Contr.* 2. quod absurdum sit adversarium ex contumacia minoris earum jacturam facere. Contra Tessaur. *Decis.* 9. Ex *d.* vero *L.* 8. illud generalius inferunt restitutionem dari adversus dolum præsum, tum, post alios Natta *Tomo* 1. *Cons.* 17. *n.* 3. *et seqq.* si tamen de præterito sit, non si de futuro, Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 31. *n.* 2. *et* 3. Mauric. *C.* 163. *et seq.* Quod bene declarat Odd. *Q.* 80. *Art.* 3. non minori hic succurri, tametsi malitia præsumatur; sed quod iis casibus quibus majores in dolo esse crederentur, in minori præsumatur negligentia, non dolus, add. Cels. Bargal. *Lib.* 2. *de Dolo Divis.* 3. *C.* 2. *n.* 54. *et seq.* Gutier. *Lib.* 1. *Pract. Q.* 49.

(15) Exemplum in *d. L.* 9. §. 5. *h. tit.* Pac. 2. *Q.* 90. Et Duar. *ad d. t. C.* exempla profert ex tit. *de in jus voc.* et *Ne quis in jus voc. vi eximat.* Minor enim, ait, juvenili ætate istiusmodi admisisse creditur, etsi culpa lata sit, quia in delictis dolo non comparatur *supra Lib.* 16 *C.* 7. *n.* 20. Odd. *Q.* 80. *Art.* 6. Male vero qui solum in atrocioribus delictis negant restitutionem, per *L.* 37. *h. t. utique atrocioribus*. Ea enim verba excludunt dubitationem eorum qui in his concedebant Et *utique* sæpe *maxime*, item *etiam* significat. Caldas *in definit.* v. *vel. advers. dolo n.* 39. Sunt qui inter delicta quæ in committendo et quæ in omittendo distinguunt Gabr. Sarayna *in Annot. ad* Mathesilan. *Sing.* 164. *n.* 3. Corset. *Sing.* 262. Quos reprobat P. Fab. ad *L.* 221. *de R. J. pag.* 511. quia non minus peccat LL. vetitum admittens, quam jussum prætermittens, et A. Fab. ad *d. L.* 9 §. 2. non obstare *l. pen C. Ex quib. cap. inf.* Quia ait, non ibi restitutio, sed minor servatur illæsus ne deliquisse videatur. Scite de hoc dist. Odd. *d. Q.* 80. *Art.* 2. quem adi. Plane si ex lege Aquilia conventus ob inficiationem in duplum teneatur, adversus id restituitur *d. L.* 9. §. 2. vers. *sed si*; quia restitutio non adversus delictum fit, sed adversus id quod ex levitate et inconsulto mendacio accessit pœnæ ei quam improbitas merebatur, A. Fab. *ibid.* Et ita Mauric. *C.* 252. *n.* 3. mendacium, licet vitium in se habeat, non tamen esse verum delictum, ac Duar. *ad d. t. C.* in minore credi ex temeritate potius profectum, quam ex dolo. Melius Caldas *d. loc.* *n.* 41. restitui *d.* §. 2 non tam contra mendacium, quia id non sit caussa cur inficiatus in duplum condemnetur, quam contra ipsam dupli condemnationem quæ ex eo fit quod adversarius gravatus est onere probandi, *L.* 30. *pr. de jurej* Aliter Sarmient. 3. *Select. interpr.* 13. *n.* 9. et aliter. Cels. Bargal. *de Dolo Lib.* 2. *C. de dolo vero et præsumpto divis.* 1. *n.* 88. quod dolosum haud sit mendacium, non lucri sed damni vitandi caussa dictum.

integrum restitutionem. Sic et Imperatores in *L.* 2, *C. si adv. del.* in delictis, ajunt, ætate neminem excusari constat: nec quidquam isti omnes addunt amplius, quo distinguatur quomodo delicta contracta sint. Quinetiam Ulpianus ibidem quasi delicta quæ culpa tantum admittuntur nominatim in eandem regulam inclusurus, cum superiorem regulam posuisset, exempla subjiciens ita scribit: nam etsi furtum fecit vel damnum injuria dedit, non ei subvenietur. Dixit injuria, non dolo. Scimus autem in lege Aquilia injuriam non significare dolum, sed generaliter culpam, ut intelligatur etiam ea quæ dolo careat, et quidem levissima. *L.* 5. *§. injuriam, L. si putatur, L. in lege,* 44. *D. ad leg. Aquil.* Sed etsi hoc in superioribus locis dubium esse potest quomodo ea regula quam retulimus, accipienda sit: tamen omnis dubitatio sublata est rescripto Severi et Antonini, quod exstat in *L.* 1. *C. si adv. del.* quo etiam in delictis restitutio in integrum minoribus diserte tribuitur, si non ex animo et dolo, sed culpa et imprudentia quid deliquerint. Nam verba hæc sunt: *In criminibus quidem ætatis suffragio minores non juvantur: etenim malorum mores infirmitas animi non excusat. Si tamen delictum non ex animo, sed extra venit, noxia non committitur, etiamsi pœnæ caussa pecuniæ damnum irrogetur,* (ut fit in lege Aquilia damno culpa dato) *Et ideo minoribus in hac caussa in integrum restitutionis auxilium competit.* Ait rescriptum*: si delictum non ex animo sed extra venit.* Sensus est; si delictum non proficiscitur ex animo, id est ex studio et cogitatione nocendi; sed extra hunc animum, id est aliunde quam ex animo et voluntate malefaciendi: tum restitutionis auxilium etiam in delicto hujus generis competit. Sic autem legendum esse, ut modo verba retuli, quæ fere recepta lectio est, non autem ut in aliis exemplaribus quibusdam: *si delictum non ex animo sed ex* (16) *contractu venit,* ratio certa evincit. Pessime enim opponerentur hæc inter se, delictum ex animo veniens, et delictum veniens ex contractu: cum fieri possit, ut delictum in contractu admissum non minus veniat ex animo et dolo minoris quam si admissum esset extra contractum. Adde quod falsissima sententia est restitutioni semper locum esse in contractu, cum ne hic delictum ex animo veniens sit impunitum, nec minus adversus id cesset in integrum restitutio. *d. L. si ex caussa. §. nunc videndum, D. de min.* Jam expendatur et ratio qua rescriptum utitur, dum negat in criminibus minores ætatis suffragio adjuvari. *Etenim,* ait, *malorum mores infirmitas animi non excusat.* Hæc quidem ratio ad eos qui culpa peccaverunt, sive in contractu, sive extra id fecerint, omnino non pertinet. Non enim mali sunt qui nocere non cogitant, quod iis accidit qui per imprudentiam alteri nocuerunt; sed qui id animo et consilio faciunt, ut cum se nocere sciant, nihilominus id faciant. Sunt ergo hæ res duæ quæ faciunt ne minor læsus videatur læsus esse sua facilitate: eventus damni improvisus, et minoris ipsius dolus. Quæ duo si aberunt in re cum minore gesta et is vere læsus erit, tum vere dixerimus læsum eum esse facilitate sua et lubrico ætatis. Ut sic jam efficiantur duæ illæ circumstantiæ facti quæ minoribus in iis quæ cum ipsis gesta sunt tribuunt in integrum restitutionem; quod læsus est, et quod læsus lubrico ætatis.

XVII. Quæ cum omnia concurrent ad caussam in integrum restitutionis minorum, deest adhuc quartum de quo initio proposuimus et vetere edicto comprehensum est, tempus scilicet in integrum restitutioni præstitutum. Pertinere vero maxime hoc tempus ad caussam in integrum restitutionis ex eo intelligi potest, quod passim quibus in caussis dicitur competere minori in integrum restitutionem, fere semper adjicitur hæc conditio, si postuletur intra statutum tempus, vel si statuta tempora largiantur, et si quæ sunt orationes aliis verbis idem exprimentes: ut *L.* 2. *L.* 3. *L. de tutela. C. de in integ. rest. mi. L.* 1. *L* 2. *C. si adv. cred. L.* 1. *C. si min. se major. dix.* Hoc tempus in restitutionibus minorum ita est, ut est ætas ejus qui restitutionem postulat. Nam minor læsus potest et major factus in integrum restitutionem postulare: potest et quandiu est minor, quanvis adversario periculose; cum adversus rem de ea restitutione judicatam minor iterum in integrum restitutionem interdum postulare possit; de quo postea. Nunc hoc constet, etiam ante impletum 25. annum posse a minore (17)

(16) Sicuti et legit Cujac. *in Par. C. d. t.* auctoritate Basilicorum. Exponit autem ita: ex re ipsa, facto ipso, vel involuntario contractu. Verum in manuscriptis quos Augustæ, Argentinæ, Basileæ et Heidelbergæ alibique consului, constanter legi *extra*.

(17) Ubi tamen ratio dubitandi quia id periculosum adversario videtur. Nam si forte restitutio negetur alia nova inde petitio nasci videtur, si proponat se læsum esse in petitione restitutionis et aliqua omisisse, atque ob id se restitui velit, sic restitutio una

restitutio implorari, *L. minoribus*, 5. *C. de in int. rest. L.* 1. *C. si adv. vend. pig. L.* 1. *C. de temp. in integ. rest.* Si ergo minor in integrum restitutionem postulabit quandiu ea ætate est, perpetuo recte postulat, totumque ejus ætatis tempus illi ad eam petitionem integrum est. Intelligimus ex eo, quod quæ exceptio adversus hujus ætatis silentium minori objici potest, ea est exceptio seu præscriptio temporalis. Effectum est autem supra præscriptiones temporales minoribus non currere. *L. ult. C. in quib. caus. in int. rest. nec. non est.*

XVIII. Postquam autem minor major factus est, ex eo tempore fuit olim restitutioni in integrum postulandæ statutus annus utilis: hodie pro anno utili, de cujus diebus quibusnam agi potuerit aut non potuerit nimis multæ olim et magnæ controversiæ oriebantur, constitutum a Justiniano (18) quadriennium (19) continuum, numerandum ex eo die quo annus utilis ce-

trahet aliam, et caussa alterius; nec erit ullus finis, Mudæ. ad *d. L.* 5. *C. h. t. sub. fi.* Sich. *ibid. n.* 4. Et potest eam ipse minor per se postulare *L.* 25 §. 1. *h. t.* auctore tamen tutore vel curatore, Odd. *P.* 1. *Q.* 31. *Art.* 5.

(18) Ante *d. L. ult.* ex lege Constantini *L.* 2. *C. Th. de in int. rest.* pro anno utili Romæ quinquennium, in Italia quadriennium, in provinciis triennium substitutum erat. Quod discrimen *d. L. ult.* sustulit. Cujac. 2. *Obs.* 18 Gallis loco quadriennii decennium continuum, constitutione regia, intra quod sufficit litem contestari, Baro *ad tit. de in int. rest. et tit. de minor. in jure Gallico,* Duar. *ad t. C. de temp. in int.* P. Greg. 50. *Synt.* 1. *n.* 3. Speciale quid jure novissimo in restitutione contra omissam querelam non numeratæ dotis, ut scilicet non transcendat 12. annum a die nuptiarum. Unde si 15. anno nuptiæ contractæ, intra 27. annum queri necesse est, *N.* 100. *C.* 2. *pr.* de quo vid. omnino Azo *in Summa C. h. t. n.* 5 6. 7. Enimvero DD. nostri hoc quandoque coarctant, ut si ex lapsu temporis minori incommodum, et adversus eum lapsum petatur restitutio. Petendæ enim restitutioni non plus temporis conceдunt, quam quantum lapsum est et in quo læsionem accepit, Fr. de Caldas ad *L.* 3. *C. h. t. in definit. v. infra legitimum tempus n.* 8. Sed contra Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 10 M. Ant. Caimus *de de Tempor. in int. rest.* tum quia *d. L. ult.* generaliter loquitur, tum quia olim usucapioni rei mobilis annus continuus. Et tamen prætor generaliter annum utilem dedit petendæ restitutioni contra usucapionem. Distinguit hic Odd. *P.* 1. *Q.* 19. *Art.* 4. add. Mauric. *C.* 42. Quandoque proferunt, ut in Ecclesia ob enormem læsionem, *C. ad nostram de reb. eccl.* Cravetta *de Antiq. temp. P.* 4. §. *penult. n.* 71. et Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 71. *n.* 7. et 8. Minor enim lapsu temporis videtur tacite ratum habere, arg. *L. ult. C. si maj. fact.* Ecclesia semper minori comparatur, nec unquam potuit effici major, Caldas *definit. v. vel adversarii n.* 10. Dices: At sic ecclesiæ nunquam curret hoc quadriennium contra *Cap.* 1. *et* 2. *ext. h. t. Clem.* 1. *eod* resp. Sed contra placuit, quia incivile foret si nullo tempore tutus esset qui cum Ecclesia contraxit, ipsique Ecclesiæ noxium, nemine cum ea contrahente, arg. *L.* 24 § 1. *h. t.* Odd. *P.* 1. *Q.* 20. *Art.* 3. Sane et universitati restitutionem dari intra quadriennium, non autem, ut *quidam*, intra id tempus quod læsionem induxit communius esse scribit Nicol. Losæ. *de Jure universitat. P.* 3. *Cap.* 18. *n.* 20. Item in minoribus et aliis, ubi enormissima læsio. Pro quo Fr. de Caldas *in definit. v. infra legitimum tempus n.* 9. plures citat auctores et *textum Cap.* 1. *ext. h. t.* verbis: nisi fraudis etc. Hic enim fraus et dolus, ait, re ipsa insunt. Et facit *L.* 9. *pr. h. t.* Ubi enim ob grave damnum a regula illic proposita receditur, ita et a nostra hac, add. Odd. *P.* 1. *Q.* 10. *Art.* 1, ut et in restitutione adversus sententiam contra matrimonium, Caldas *d. loc. n.* 6

(19) Dicitur continuum, quia ubi cœpit currere, semper continuatur nec interrumpitur, etsi dies incideret quo non liceat experiri, Duar. *ad h. t. C. f.* 135. Et hoc est quod vulgo: Utile esse tempus in initio, sed continuum in progressu, nec currere nisi a tempore scientiæ, Sich. *ad Rub. C. de in int. rest. n.* 3 vid. Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 35. *Gl.* 4. *n.* 44. Menoch. *Lib.* 1. *Præsumpt. Q.* 71. *et Recup. poss. Remed.* 5. *n.* 115. ubi ex Socino tradit sufficere præsumptam scientiam, Caldas *d. loc. n.* 3. quia ait, in *d. L. ult.* negligens excluditur, ignorans negligens dici nequit, et Odd. plurimis citatis *P.* 1. *Q.* 20. *Art.* 4. Gail. 2. *Obs.* 48. *n.* 5. (Contra Wes. *Par. ex quib. ca. maj. n.* 10.) Et hoc tempus commune majoribus *d. L. ult.* Sed minori currit a die quo major factus *d. L. ult.* nisi veniam ætatis impetierit. Ubi a die non veniæ impetratæ, sed quo Judici intimata est, *L.* 5. *pr. C. h. t.* Duar. *ad d. t. C.* Et in iis negociis quæ minor gessit, non in illis quæ perfecta ætate gesta in isto quadriennio, ut si anno 27. ætatis læsus, non habet restitutionem intra biennium *tex. L.* 19. *v. diversum de novat.* Caldas. *d. loc. n.* 11. Majori autem a die læsionis cessantis vel reversionis, itemque Ecclesiæ et Reipublicæ aliisque qui jure minorum utuntur, Gomez. 2. *Resol.* 14. *n.* 8. Odd. *P.* 1. *Q.* 20. *Art.* 3. Mauric. *C.* 42. *n.* 2. alias his nunquam curreret. Subducitur vero tempus quo Reipublicæ caussa abfuit, et omnis legitima caussa ac impedimentum, *d. L. ult.* §. 1. vid. Azo. *in Summa C. h. t. n.* 8. Quid si, judicio de nullitate contractus vel sententiæ pendente, labatur quadriennium? Non nocere vult Caldas *d. loc. n.* 13. et per *L.* 16. *C. de inoff.* et quia ob remedium nullitatis restitutio cessat, *L.* 16. *h. t.* Unde quandiu de nullitate

debat: quod tempus ille et in majorum restitutionibus pro eodem illo utili anno qui et his olim præstitutum erat, generaliter observari voluit: ea est *L. ult. C. de temp. in int. rest.* Excipiemus tamen actionem de dolo, quæ a Constantino multo ante constituta intra biennium continuum dumtaxat, *L. ult. C. de dol.* etiam nunc post constitutionem Justiniani idem illud tempus retinere intelligenda est. Etsi enim lex Justiniani quæ longo post tempore secuta est, in majorum restitutionibus quadriennium continuum constituit nec ullas excipit: tamen nihil amplius quam generalis constitutio est: cujusmodi constitutiones nunquam derogant iis quanvis prioribus, quibus diversum jus constituitur de specie una aliqua ejusdem generis. Id enim est quod regula juris traditur, in toto jure generi per speciem derogari, et illud potissimum haberi quod ad speciem directum est, *L. in toto jure. D. de reg. jur.* Dici et illud non inepte potest, constitutionem Justiniani scriptam esse de in integrum restitutionibus in hoc numero proprie non esse actionem de dolo, ut supra ostendimus in restitutionibus majorum. Ergo si quis major factus intra id quadriennium restitutionem postulat, recte postulat; eo adjecto non audietur. Sed satis est (20) intra id tempus postulasse, quanvis actor, propter appellationem ab adversario interpositam, caussam restitutionis peragere intra id tempus non potuerit. Finge cum actor de ætate sua probasset et dicta esset pro ætate sententia, adversarium ut reliquam cognitionem impediret, ab ea sententia appellasse: deinde injusta appellatione pronuntiata, actorem reliqua negotii implere velle tum cum jam legitimum tempus egressus deprehenditur. Respondit, cum per actorem non steterit quominus intra statutum tempus res finem acciperet, perinde nunc de reliquis agi posse atque si actor intra ætatem esset. (21) *L. intra, D. de minor.* Quod tamen dicimus sufficere ad restitutionem impetrandam petiisse intra statutum ad eam rem tempus, hactenus verum est, nisi litem intra id tempus contestatus postea destiterit: desistenti nihil proficit ad in integrum restitutionem contestatio. Destitisse autem videtur non qui distulit, sed qui liti renuntiavit in totum, *L. Papinianus,* 20. in fin. *L. destitisse,* 21 *D. eod.* Exactum autem semel sine petitione restitutionis tempus nulli prorogatur qui interim petere restitutionem potuit: ac ne (22) exuli quidem reverso qui potuit per procuratorem desiderare in integrum restitutionem, *d. L. Papinianus,* in princ.

XIX. His cognitis tenemus eas caussas quæ restitutionem in integrum minoribus viginti quinque annis pariunt. Ex quibus intelligitur rectam omnem institutionem actionis ejus qua minor desiderat in integrum restitui, quatuor hæc complecti debere, personam minoris, hujus factum, facti ejus superiores circumstantias, tum tempus statutum; ut scilicet minor ita intendat illud aut illud a se factum esse, cum adhuc minor esset viginti quinque annis: in eo se læsum esse, et læsum errore ac lubrico ætatis: et tempus statutum suppetere ad in inte-

agitur, non currit tempus restitutionis experiri ea impedito. Quid si contractus conditionalis, an tempus currit a die contractus majori, vel minori a 26. anni initio, an a conditionis eventu? Prius placet Mudæo ad *d. L. ult.* quia hic restitutio non intenditur ex contractu conditionali, sed de illo aut propter illum ex læsione quæ nunc circa eum apparet, add. Odd. *P.* 1. *Q.* 20. *Art.* 1. Sicuti et in usucapione et præscriptione non currit demum ab ea perfecta vel completa, Odd. *d. Q.* 20. *Art.* 2 Mauric. *C.* 44.

(20) Atqui hoc tempus datur ad finiendam litem, *L. ult. in fin. pr. et Clem.* 1. *ext. de in int. rest.* Ac etsi Rebuff. pro eo legat *inchoandam*, itemque Caldas *d. loc. n.* 1. in fin. *faciendam* et alii *iniendam*, id est ineundam, referente Forner. 5. *Rer. Quotid* 5. *in* fin. recte tamen Duar. *ad d. l. C.* refragari correctioni omnes codices, et Forn. *d. loc.* Quin et olim annus utilis non tantum ad incipiendam, sed et peragendam restitutionis litem, *L.* 5. *et* 6. *C. d. t. d. L.* 39 *D. h. t.* ubi A. Fab. et consentit Odd. *P.* 1. *Q.* 19. *Art.* 12. Mauric. *Cap.* 46. *et seq.*

Octav. Vestrius *Lib.* 8. *Pract. aulæ Rom. C.* 3. *n.* 14. Contrariam tamen opinionem usus servat, Caldas *d. loc.* et Coria Imperii Spirens. Sæpius in ea restitutionis lis longo intervallo deciditur, teste Myns. 1. *Obs.* 51. *n.* 8. Cæterum quadriennio excludi restitutionem, etsi in modum exceptionis opponatur, vult Caldas *d. loc n.* 10. Nam, inquit, regula Annalis ad agendum, perpetua ad excipiendum valet, quando remedium exceptionis agendo proponi nequit; ubi in potestate non est excipientis exceptionem antea in judicium deducere, vid. *infra Lib.* 22. *Cap.* 2. *n.* 25. *N.* 15.

(21) Et ita exceptio est *dictæ L. ult. principium* in *d. L.* 39. nisi dilatione moratoria et calumniosa adversarii lis in longius tempus protracta; idemque est, si per judicem factum quo minus lis intra quadriennium terminaretur, Myns. 1. *Obs.* 51.

(22) Vid. not. *supra C.* 5. *N.* 8. Consensu vero partium prorogari posse volunt, Mauric. *C.* 47. *n.* 4. *et* 5. *et n.* 11. Odd. *P.* 1. *Q.* 19. *Art.* 10. *n.* 86. *et Art.* 12. *n.* 93.

grum restitutionem postulandam. Ideo se petere ut in integrum restituatur.

XX. Ex hac intentione obiter quæri cœpit de probationis onere in superioribus intentionis partibus. Occasio quærendi ex quibusdam locis nata est, in quibus videtur aliquid constitui præter jus commune de probationibus. Quæritur igitur an id ita sit, et si est, quam rationem habeat. Nos vero paucis sic habebimus, quæ in aliis caussis et judiciis omnibus communis lex est de onere probationis, eandem servari et in integrum restitutione adversus minores. Probationum hæc lex est communis, ut qui dicit probare debeat quod intendit, *L.* 2. *D. de prob.* Proinde ut probatio sit actoris, si negetur quod intendit: rei, si intentione confessa aut probata, ipse aliqua exceptione et remotione utatur, *L. verius*, *L. in exceptionibus*, *D. de prob.* Sciamus et hoc in persona minorum in omnibus superioris intentionis partibus valere. Probare ante omnia (23) ætatem debet, ut indicatur in *L. intra D. de minor.* Proinde et cætera, de quibus affirmat: se læsum esse in eo quod cum ipso gestum est, quod et ipsum traditur in *L. nam postea*, §. *si minor*, *D. de jurejurando*: se læsum sua facilitate: et versari se intra tempora in integrum restitutionis. Sic autem horum omnium probatio facile expedietur. Probabitur ætas, ubi probata erit hora vel dies nativitatis. Nam exinde computando ætatis annos, et conferendo cum eo tempore quo res gesta est cum eo qui tum se minorem fuisse dicit, facile intelligetur quot fuerit tunc annorum: proinde an et tunc minor an major fuerit. Probabit se læsum, qui aliquid probabit eorum trium quæ comprehensa sunt in *L. non omnia*, *D. de minor.* puta alienationem rei suæ, repudiationem delatæ, obligationem in se susceptam. Probatur facilitas et lubricum ætatis (24) sua sponte, probata minori ætate, quia facilitas illa et infirmitas natura illi ætati adjuncta est, *L.* 1. *D. de minor.* Quod si adversarius dolum minori objiciet, quia hæc ab illo exceptio est, hanc probare debebit, *L. quoties*, §. 1. *D. de probat.* Sane si minor se majorem dixerit et se errore falsum ita dixisse intendat, ex iisdem regulis hunc errorem debebit probare, ut supra in hac affirmatione minoris ostendimus. Probatio legitimi temporis (25) ex eadem re est. Nam cognito nativitatis die, et hinc computando annos,

(23) *L.* 4. *C. h. t.* *L.* 9. *C. de prob.* Nam regula qua de præterito in præsens præsumitur, non procedit in iis quæ solo temporis cursu mutantur, Sich. in *d.* *L.* 4. *n.* 2. Odd. *P.* 1. *Q.* 37. *Art.* 1. *n.* 5. Idque sive agendo sive excipiendo ætatem proponat, Mauric. *C.* 315. Trentaciuq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. Tit. de Minor. Resol.* 2. *n.* 2. Et generatim ejus est probatio qui suam intentionem in ætate fundat, vel sua vel adversarii, Jo. Pet. Surd. *Decis.* 75. n. 19. De qua probandi necessitate, deque modi probandæ ætatis fuse Odd. *d.* *Q.* 37. perplures species recensens, Mauric. *d.* *C.* 315. *et seqq.* Fr. de Caldas ad *L.* 3. *C. h. t. in defini.* v. *Minoribus.* *n.* 10. *et seqq.* Mudæ. ad *L.* 4. *C. h. t.* Sich. *ibid.* n. 6. *et* 7. Trentaciuq. *d. Resol.* 2. *n.* 4. *et seqq.* Curt Junior. *Cons.* 118. *n.* 8. Menoch. 2. *Præsumt.* 50. *et seq.* Plane ex eo quod curatorem habeat minor satis non probata ætas, Odd. *d.* *Q.* 37. *Art.* 11. Ut nec per actus judiciales, vel extrajudiciales cum aliis quibus semper curatoris auctoritas adhibita, quia res inter alios actæ aliis non obsunt, Maynard. *Lib.* 3. *Decis. Tolos.* 54. Sed et si minor in uno contractu se majorem esse juraverit, non præjudicat in aliis, ut post Accursium A. Fab. ad *L.* 43. *h. t.* Tametsi sententia super probatione ætatis, caussa cognita, jus faciat in aliis quoque caussis et inter alias personas, per *L.* 43. *h. t.* Quia sententia lata de re ad statum personæ pertinente, qui unicus et individuus perinde ac persona ipsa. Ant. Fab. *ibid.* Caldas *d.* *v. minoribus* *n.* 41. vid. tamen Odd. *d.* *Q.* 37. *Art.* 17. Non item sola probatio, sententia Judicis non secuta, ut contra Bartulum Caldas *d. loc.* *n.* 40. quia cum probationes arbitrariæ sint, nec ante sententiam vere probatum dici potest, et Mauric. *C.* 323. dissentit Odd. *d.* *Q.* 37. *Art.* 18. Enimvero Mudæ. ad *d.* *L.* 4. principaliter quoque adiri Judicem posse probandæ ætatis ergo probat, ex *d.* *l.* 9. *C. de prob.* Certior namque hæc probatis minusque suspecta, facta tunc cum nulla esset præsumptio quidquam contra veritatem confingi, propterea quod incertum num aliquando usus futurus sit ejus probationis, et in quam partem. Dissentit Odd. *d.* *Q.* 37. *Art.* 17. requirens ut probatio hæc in aliis causis præjudicet legitimum contradictorem.

(24) Mauric. *C.* 164. *n.* 2. quia *L.* 5. *C. h. t.* tantum requirit, ut se captum probet et Caldas in *defin.* v. *sua facilitate* *n.* 1. sufficit, inquit, præsumpta probatio ex eo inducta, quod probata est læsio, et Rebuff. *Art.* 1. *Gl.* 3. *n.* 27. Roland. *de Commiss.* *P.* 1. *Lib.* 2. *C.* 22. *n.* 11. Confer. not. *supra h. C. N.* 1.

(25) Et hoc quidem indubium, quando distincte certam aliquam ætatem, in qua contraxerit gesseritve, minor probavit. Ita enim ex dinumeratione sequentis temporis, certo apparere potest an posterius tempus petendæ restitutionis adhuc duret. Veluti: Adolescens 20. annorum contraxit. Post 7, annos restitui vult. Probat se tempore contractus fuisse 20. annorum. Hic, calculo inito, liquido constat quadriennium restitutionis lapsum non esse, vid. *supra h. C. N.* 19. Proinde tunc non locus est quæstioni utri lapsus temporis, ro-

res ipsa ostendet utrum qui restitutionem postulat consistat infra annum tricesimum: quod totum tempus ad petendam in integrum restitutionem legibus datum minori liberum est. In quibus cum videamus tam omnia cum superioribus regulis congruere, quid est quod dubitemus, et alienam de probatione quæstionem in hunc locum inferamus?

XXI. Dubitationem attulit *L.* 1. *C. si adv. cred.* in ea parte in qua quæritur an minor sit læsus. Verba hæc sunt; *Cum et ipse profitearis cum Zenodora minore viginti quinque annis te contraxisse, nec doceri potuisse præsidem virum clarissimum ex eo contractu locupletiorem eam esse factam: intelligis eam merito in integrum restitutam.* Hoc ergo dicit rescriptum; minorem quæ contraxisse dicebatur, sine alia probatione læsionis jure restitui hoc ipso quod contraxit; nec aliter summoveri restitutionem, quam si probetur præsidi eam locupletiorem esse factam. At hæc probatio non exigitur a minore quæ nihil tale dicit, sed potius negat: alioqui sua ipsius confessione excluderetur: sed exigitur ab adversario qui hac defensione utitur ad minorem removendam; quod sane videri potest adversus superiores regulas de probationibus constitutum. Quod et vulgo admiserunt: idque ita defendunt ut dicant hic jus esse singulare, inductum partim favore ætatis, partim odio fœneratorum. Quasi vero in *d. L.* 1. de pecunia fœneraticia, aut adeo de pecunia mutuo data agatur, ac non proponatur generaliter adversarius cum Zenodora minore contraxisse, ut superiora verba ostendunt; quæ plane ad omnem contractum cum minore habitum pertinent. Sed laborandum non est; nihil est etiam secundum regulas communes juris explicatu facilius. Minor mulier etiam in hac specie se quoque læsam probare debuit. Sed probavit satis simulatque (26) constitit eam contraxisse, sive mutuam pecuniam ac-

bandus sit. Et male omnino Sich. *in L.* 4. *C. h. t. n.* 5. accipit *d. L.* 4. quæ probationem quod lapsa tempora sint adversario injungit, de eo casu quando ex probatione primi temporis resultat (ut loquitur) tacita probatio secundi, et Fr. de Caldas *in defin. v. infra legis tempus n.* 19. *in fin.* Nam imo plene et exacte probato priori tempore contractus, plene quoque et exacte probatum tempus posterius petendæ restitutionis, ex quo hodie quadriennium continuum. Nec præsumitur hoc tantum ut audiatur probatio contraria (ceu volunt Sich. et Caldas) Odd. *P.* 1. *Q.* 39. *Art.* 1. *n.* 3. Mudæ. *ad d. L.* 4. Non obstat quod quadriennium istud ratione initii utile, vid. *supra N.* 19. quodque caussæ intervenire possunt ob quas minori non currat, Od. *d. Art.* 1. *n.* 2. Hoc enim efficit ut aliquando longius sit tempus, non ut unquam brevius. Nam pone: septimo anno post gestionem restitutio petita; probatumque quod tempore gestionis minor 20. annum non excesserit. Super eo sententia pro minore lata, nec appellatione suspensa. Hic si adversarius nitatur probare tempora restitutionis lapsa esse, præjudicium utique fiet rei judicatæ. Nec enim unquam ostendet nunc esse 29. annis majorem qui restitutionem petit, quin necessario sequatur fuisse quoque tunc cum contraheret majorem 20. annis adeoque falso probatam esse prius ætatem. Atqui hoc non licet, quia sententia pro veritate habetur, et post lapsa tempora appellationis non queritur quam recte, sed quid judicatum sit. Quocirca quod tempora præstituta non excessisse ab adversario comprobandum dicitur *d. L.* 4. *C. h. t.* id accipiendum de casu dubio, ubi ex probata ætate tempore negocii gesti non infertur necessario tempora illa nondum exiisse. Veluti si non definite certa ætas probata sed in genere quod minor fuerit, Mudæ. ad *d. L.* 4. Jo. P. Surd. *Decis.* 75. *n.* 12. v. *et licet.* Item in restitutione majorum qua non agitur de probatione ætatis, Odd. *P.* 1. *Q.* 39. *Art.* 1. *n.* 2. Et male Salic. ad *L.* 4. Sich. et Caldas *dd. locis.* hic probationem quod tempora lapsa non sint, restitutionem petenti injungunt. Quibus alii communius obloquuntur, Odd. *d. Art.* 1. Mudæ ad *d. L.* 4. Trentacinq. *Lib.* 2. *pract. Resol. tit. de minor. Resol.* 2. *n.* 24. M. Ant. Caimus *in Summar. enarrat. h. t. C.* Myns. 4. *Obs.* 16. Et recte tum per *d. L.* 4. quæ de alio casu accipi nequit, ut ostensum. Sed et quia probata ætate ac læsione, ut intentione minoris, necesse est ut adversarius de lapsu temporis excipiat, idque ceu suæ exceptionis fundamentum probet, Mudæ. et Myns. *d. loc.* Nec consultum est, ut quis ultro occurrat iis quæ senserit ab adversario objici posse, Trentacinq. *d. loc.* Objic. *Cap. constitutus* 8. *de in int. rest.* ibi: *cum adhuc existant intra tempus* etc. resp. Odd. *d. Art.* 1. *in fin.* ibi hoc tantum requiri ut sint intra tempus etc. non autem ut hoc ipsi probent. Et Caldas quoque *d. lo. n.* 19. ibi referri factum petentis et allegationem ejus qui ad majorem cautionem proposuit quadriennii tempus se non excessisse. Plane lapsu temporis continui ab adversario probato, si restitutionem petens vel ignorantiam læsionis, vel aliud impedimentum ob quod hodieque non currit tempus, vid. *supra* N. 19. obtendat, hoc ipsi probandum esse æquum jurique consonum videtur: quia et hic minor intendit et quasi replicatione exceptionem adversarii, cujus jam fundata intentio est, submovere nititur. Ergo per dicta, tametsi de hoc a DD. traditum vel tractatum non animadverterim.

(26) Hoc quidem ita est in actibus sui natura noxiis. Caldas *in definit. v. vel adversarii dolo n.* 1. vel ubi de negociis iis agitur, quæ non nisi in manifestum alicujus incommodum cedunt, ubi ex ipsa natura rei satis

cipiendo quam postea perdidit, sive aliud gerendo. Nam contrahendo suscepit in se obligationem quam non suscipere licebat. Quod qui facit. si nihil aliud contra propo-

de læsione apparet, Petr. Matthæ. *Annot. ad* Guid. Pap. *Q.* 142. Hart Pist. *Lib.* 1. *Q.* 37. *n.* 60. seu ut DD. loquuntur, ubi ex ipsius actus facie resultat læsio, Mauric. *Cap.* 278. *n.* 10. Myns. 4. *Obs.* 16. *n.* 5. vel saltem quos constat nulla ratione utiles esse posse etsi nec certo sint damnosi, Sarmient. 3. *Select. Interpret.* 13. *n.* 2. ut in fidejussione, Pist. *d. loc.* Odd. *P.* 1. *Q.* 36. *Art.* 2. et 3. *n.* 30. et *P.* 2. *Q.* 54. *Art.* 3. Trentaciuq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. Tit. de Minor. Resolut.* 2. *n.* 34. renunciatione, Sichard. ad *L.* 1. *C. de in int. rest. n.* 10. temporis lapsu, Odd. *d. Q.* 37. *Art.* 2. *et* 3. *n.* 26. *Art.* 4. aliave præscriptione aut usucapione, Mauric. *d. n.* 10. Odd. *d. loc. n.* 29. Myns. *d. Obs.* 16. *n.* 5. com romissione, per *l.* 3. §. 1. *h. t.* Trentac. *d. loc. n.* 31. Addunt omissionem appellationis. Sed contra alii quod hic debeat doceri læsio ostendendo probationes antea non deductas, quia pro sententia præsumitur, vid. Beust. ad *L.* 9. §. 4. *de jurejur.* n. 5. *et seqq.* Odd *Quæst.* 37. *Art.* 5. Myns. 4. *Obs.* 17. Trentac. *d. n.* 31. Caldas *in definit. v. vel advers. dolo n.* 18. Menoch. 3. *Præsumpt.* 82 *n.* 9. Cacheran *Decis.* 128. Quin et in aditione hereditatis aliam læsionem non probandam esse, Guid. Papæ *Q.* 142. aliique plures statuunt referente et probante Odd. *d. Q.* 37. *Art.* 6. Et Ant. Fab. ad *L.* 7. §. 5. *et* §. 7. *h. t.* non probandam hic minori quod hereditas plus habeat incommodi. Sufficere si dicat sibi suspectam esse, licet nec de uno vel minimo debito appareat per *d.* §. 5. verbis *minus lucrosam* non dicitur *damnosam*, et per *L.* 22. *in fin. Si quis omn. ca. test.* Contra quoque si ad aditionem restitui velit, non probari debere quod sit lucrosa hereditas, quia tanti est quanti eam heres æstimat, per *L.* 70. §. 1. *de leg.* 2. et per *L.* 36. *de bo. lib.* Sed quod Donellus putat generaliter eo ipso quod contrahendo se obligavit minor, læsionem satis ostendi, ejus minuenda opinio est. Nam aperte refragatur *L.* 24. §. 1. *in fin. h. t.* et quæ ipse Donellus tradit *supra C.* 6. *n.* 1. Alias certe quævis gesta minoris huic periculo subjacebunt. Satisque inhumanum eum, qui ex. gr. rem minori vendidit, ad probationem astringi, quod illi emere expedierit, quod non carius justo vendita sit, et denique quod re accepta minor in commodum suum usus fuerit etc. Cumque restitutio dicatur dari caussa cognita, *L.* 11. §. 2. *h. t.* utique cognitio non tam in eo *an* quid gesserit minor, de quo ut plurimum constabit, sed quam prudenter aut utiliter. Et minor debet probare se captum esse, *L.* 5. *pr. C. h. t.* Sicuti autem probata ætate non protinus probata læsio, *d. L.* 9. §. 4. *de jurej.* ita nec probato contractu aut negocio, cum non probet hoc esse quod ab hoc contingit abesse. Quin si in delatione jurisjurandi minori probandum quod deferre sibi non expedierit, quodque aliæ probationes suppetierint, *d.* §. 4. vid. *infra Lib.* 24. *Cap.* 12. quanto magis in venditione aliove simili contractu: Recte itaque Menoch. 3. *Præsumpt.* 82, n. 13 regulariter ex ipso contractu solo læsionem non præsumi. Hinc Duar. ad *tit. C. Si adv. cred.* cum de probatione hac quæritur, ius, inquit, eundum uter agat vel intendat, sive agendo, sive excipiendo. Quare ubi contractus ipso jure non tenet, si minor rem ita alienatam vindicet, ac emptor exceptionem doli objiciat qua pretium recipiat, emptoris est probatio *L.* 16. *C. de præd. min.* quia ipse hoc intendit minorem esse locupletiorem. Ubi vero contractus jure valet, tunc si minor restitutionem inde petat, ex. gr. quod non expedierit rem vendi quocunque pretio idque probet; reus vero excipiendo, pretium recipere velit tanquam versum in rem minoris, negante hoc minore, reo probandum esse vult Duarenus. Sed si ideo velit restitui minor, non quod in venditione captus, sed quod ex pretio non factus sit locupletior, minori probandum esse; quia nihil aliud caussari potest in quo læsus sit, quam quod pecunia non sit versa in utilitatem suam. Et convenit Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. Tit. Minor. Resol.* 6. *n.* 6. v. *alia est opinio* et fere Hart. Pist. *Lib.* 1. *Q.* 38. *n.* 18. Sed hæc parum firma aut tuta videntur. Nam capto in venditione ipsa minore et contra id restituto, emptori pretium reddi debere, nisi tunc dederit, cum perditurum sciret, est *text. in L.* 24. §. 4. *h. t.* Quare si nescivit perditurum, non adstringitur emptor ad probandum pecuniam versam esse in utilitatem minoris, Fr. de Caldas *in definit. v. per quod pristinum jus n.* 1. Unde si excipiat emptor sibi reddi debere, ratione *d. L.* 24. §. 4. *d. L.* 41. necesse est, ut replicet minor se illud perdidisse. Proinde hoc ipse uti intendit, ita et probet. Non itaque recedendum a communi DD. regula: Læsionem, nisi manifesta sit, ut in casibus relatis et similibus, minori probandam esse *d. L.* 5. *C. h. t. d. L.* 9. §. 4. *de jurej.* Odd. *P.* 1. *Q.* 36. *Art.* 1. P. Frider. *Lib.* 2. *de Mandat. jud. C.* 62. n. 13. quam certam et indubitatam vocat Mauric. *C.* 278. *n.* 7. Probatur autem non si doceat absolute se contraxisse et obligatum, ut Donellus hic; nam ex solo ipso contractu regulariter læsus non præsumitur, Menoch. 3. *Præs.* 82. n. 13. post plures Vult. *Cons. Marp.* 29. n. 251. *et seq. Vol.* 3. sed se inutiliter rem gessisse, obligatum ubi non oportuerit, non tantundem vel amplius pro eo quod gerendo amisit recepisse, etc. Neque aliud hic aut speciale in mutuo, sive gratuitum sive sub fœnore acceptum sit; et sive de sorte sive de usuris agatur, ut ostendit Hart. Pist. *Lib* 1. *Q.* 38. *n.* 28. *et seqq.* Tametsi DD. vulgo in fœneratitio credito probationem adversario injungant, Mauric. *C.* 221 *in fi.* vid. Molinæ *de Usur. Q.* 37. *n.* 280. *et seqq.* Amplius alii in omni mutuo idem juris esse censent, Mathesilan. *Singul.* 58. ibique in *Annot.* Gabr. Sarayna. Duar. *ad d. t. C. Si adv. cred.* propter fraudem, ait, quæ hic sæpius inter-

nitur, aperte læsus est, esseque ex ea caussa in integrum restitutionem diserte traditur in *d. L. non omnia, D. de min.* Necesse est ergo hoc probato adversarium condemnari et sequi restitutionem, nisi quid ille contra afferat quo doceat eam læsam non esse, et hac exceptione ad excludendam in integrum restitutionem utatur. Hæc vero idonea ad eam rem defensio est, si adversarius dicat obligatam quidem minorem fuisse, sed ex eo contractu locupletiorem factam. Et hoc ille in caussa superiore adversus minorem afferebat. Id enim docere debuisse eodem rescripto significatur. Nihil hic fit regulis superioribus juris convenientius. Nam et hoc locupletiorem esse minorem adversarius dicit, idemque ista exceptione ad infirmandam intentionem minoris utitur. Reus in exceptionibus actor est, eumque exceptionem velut intentionem ex iisdem regulis implere oportet, *d. L. in exceptionibus, D. de prob.*

venire solet, et quia experimentis constat damnosum fere esse solere. Ac etsi *L. 2. C. d. t.* loquatur de fœnore, tamen ad speciem certam rescripta est, et *d. L. 1.* indistincte loquitur. Ac facit exemplum Senatusconsult. Macedoniani. Et ita quoque Pinell. ad *L. 2. C. de rescind. vend. n. 31. et seqq.* Trentacinq. *d. Resol.* 6. *n.* 5. Ac Mudæ. ad *d. L.* 1. cum minor, inquit, negat extare pecuniam, id verosimile, cum nemo fere roget mutuum, nisi mox erogaturus. Et ita quod non extent nummi probatur ex communiter accidentibus. An autem fructum fecerit exinde minor, id in facti quæstione, an scilicet vere egenti creditum sit ad usum necessarium. Quare hoc probandum adversario. Sed recte Hart. Pist. *d. loc.* ubi contrariis occurrit. Nec obstat *d. L.* 1. Nam Imperator qui ad casum propositum a consultore rescripsit restitutioni locum esse, resp. quod non doceri potuerit locupletiorem factum minorem. Utri autem probandum, ibi non expedit. Et ita accipiendum est illud rescriptum, quod minor in ea specie jam præstiterit quod sibi ex sua parte ad restitutionem obtinendam incubuerat, nec contraria adversarii probatione illud elisum sit. Hart. Pist. *d. loc. n.* 18. *et seq.* Ubi autem hoc onus adversarii, sufficere probationem verisimilem, etsi necessario non concludat vult Mudæ. ad *d. L.* 1. *C. Si adv. cred.* Contra Mauric. *C.* 222. Elegans vero modus probandi pecuniam cessisse in utilitatem minoris, si qui emit, exempli gratia, creditori minoris numeret et de eo instrumentum confici curet. Elb. Leonin. 3. *Emend.* 3. *n.* 12. Quando a minore læsio probationis exacta vel minus requiratur vid. Odd. *d. Q.* 36. *Art.* 10. Trentacinq. *d. T. Resol.* 3.

## CAP. XI.

### Quibus in caussis dubitari soleat, an minoribus quamvis sua facilitate laesis competat in integrum restitutio, et competat tamen.

*Transitio, propositum, et methodus auctoris.* I.

*Restitutionis in integrum tributæ minoribus videri quatuor esse, etsi non sint re vera, exceptiones: ideoque nec restitutionem adimere.* II. et seqq.

*Aut minoris prudentiam et industriam.* III.

*Aut judicatæ rei auctoritatem.* IV.

*Etiamsi res in auditorio Principis aut ab aulico magistratu judicata.* V.

*Ab his quare provocatio non admittitur, cum nec tamen denegetur ab iisdem minoris restitutio.* VI.

*Item nec officere restitutiani magistratus decretum.* VII.

*Nec tutorum aut curatorum auctoritatem, et quare,* VIII. X.

*Harum auctoritas utilis, etiam admissa restitutione minoris.* IX.

*Competit restitutio minoribus, licet a tutore vel curatore suum consequi possint. Inepta harum verborum interpretatio improbatur.* XI. XII.

*Interpretationis hujus fulcimenta convelluntur.* XIII. XIV. XV.

*Auctoritas tutorum et curatorum removet in integrum restitutionem ex tribus caussis, et quæ illæ.* XVI.

*Multo minus officere restitutiani minoris auctoritatatem parentum.* XVII.

*Item nec fisci favorem; præterquam in caussa publicarum pensitationum.* XVIII.

*Item nec favorem debitoris; et quomodo cautum debitari.* XIX. XX.

*Item nec minoris inconstantiam.* XXI.

I. Caussis constitutis in integrum restitutionis de quibus diximus, nempe hoc restat ut sic sequatur in integrum restitutio quam quærimus utpote earum caussarum effectus. Et vero id ita in universum statui necesse erat, n si quid hic exciperetur, idest nisi quæ justæ caussæ intervenirent interdum, quæ minoribus etiam sua facilitate læsis adimerent in integrum restitutionem. Nunc autem complures hujusmodi exceptiones sunt justis de caussis constitutæ: idque eum ex verbis edicti, tum ex sententia. Cum enim pollicetur prætor minoribus in integrum restitutionem, *ubi quæque res erit*, idest ut interpretati sumus, uti res quæque justa de caussa ex æquo et bono postulare videbitur: satis declarat si qua justa caussa sit cur non tribuatur in integrum restitutio; nec hic quidem se eam polliceri. Superest igitur ut, ad constituendam eam in integrum restitutionem quæ vere et certe competat; de his exceptionibus breviter cognoscamus. De quibus quærenti duo genera rerum occurrunt de quibus necessario cognoscendum sit. Non enim hic exceptiones tantum quædam sunt veræ quæ certo jure restitutionem excludunt: sed sunt etiam quæ videri possint esse debere exceptiones neque sunt tamen, ut nisi removeantur, morari nos possint et falsa specie fallere incautos. Quamobrem si quid hic certi quærimus, de utroque genere dicendum est. De posteriore quidem ut, sicut dixi, removeantur istæ omnes quæ hic prima facie videri possunt exceptiones, intelligamusque nullam in his esse caussam cur denegetur minoribus sua facilitate læsis in integrum restitutio. De priore autem, ut in eo nobis veræ hujus auxilii exceptiones constituantur, ex quibus discamus contra totidem in caussis minores quamvis sua facilitate læsos ab auxilio hujus edicti removeri. Ac prius eas de quibus dubitari potest an pro exceptionibus habendæ sint, removeamus; ut his remotis, sic deinde justo ordine ad eas quæ veræ sunt perveniatur.

II. Et in priore isto genere quod remotum volumus quatuor res exsistere solent in summa, propter quas juste dubitetur an competat in integrum restitutio minoribus etiam sua facilitate læsis, ac videatur etiam prima fronte non competere. Hæ autem res sunt: minoris ipsius qualitas: hominum idoneorum auctoritas rei cum minore gerendæ adhibita: personæ ejus cum quo agitur favor: interdum et inconstantia minoris in restitutione postulanda.

III. Primum occurrit qualitas personæ minoris. Dicimus minoribus tribui in integrum restitutionem, quia fragile sit et infirmum hujus ætatis consilium, *L. 1. D. de min.*

Quid ergo, si is sit minor in quo sit cognita prudentia et maturitas quanta cadere solet in homines natu majores, et maxime idoneos? in quo ea omnia quæ solent hanc prudentiam et maturitatem arguere? Finge minorem natum viginti quatuor annos, hominem (1) industrium in rebus gerendis, optime rem familiarem administrantem; (2) advocatum esse summa peritia juris; esse consiliarium; decurionem esse in sua civitate; (3) magistratum aut alios honores gerere: adde, si placet, eum jam (4) parentem esse multorum liberorum, familiam bene ac prudenter regere. An non videtur is in quo hæc sunt, si quid in iis quæ recte administrare solet cum eo gestum erit, restitui in integrum non debere? hæc enim omnia non fragilis et infirmi, sed prudentis et maturi consilii signa sunt. Et placuit, quæcumque sit persona minoris, quantacumque ejus prudentia, industria, dignitas, si quid is gessit et captus est, nullam superiorum rerum aut similium quæ minoris maturitatem commendent, efficere ut desit capto auxilium ætatis quod cæteris tribuitur, *L.* 2. *C. de in integ. rest. min. L.* 1. *C. qui et adv. quos in integ. rest. non poss.* Et merito: nihil enim istarum rerum facit, ut captus non sit qui captus est. At verisimile est in quo illa sunt facile capi non potuisse. Esto, verisimile: verum in re dubia. Quod si contra probetur hunc captum esse, ut de eo nunc loquimur qui id probare paratus sit: nihil agit conjectura quam falsam esse res ipsa ostendit: et, ut dicitur in *L. continuus*, §. *cum ita*, in fin. *D. de verb. oblig.* in re certa non est conjecturæ locus. Neque vero ei obstabit prudentia et maturitas ætatis aliis in rebus. Neque enim hæc unquam in minore tanta esse possunt, quin in ea ætate semper resideat aliquid atque adeo plurimum inscitiæ propter inexperientiam rerum. Et ut recte adsunt cætera; tamen ei ætati quanvis prudentissimæ semper adjuncta est facilitas et lenitas

(1) Dissentit plane Duar. ad *d. L.* 1. *C. Qui et adv. quos*, veram hanc exceptionem statuens. Nam si hoc, ait, in cognitione Judicis an fuerit industrius *d. L.* 1. utique ex hac caussa negatur restitutio. Pone: minor vendidit rem, vult restitui quia non expedierit vendi, vel vilioris venuit res. Adversarius objicit non esse captum lubrico ætatis, sed eam læsionem esse quæ et in prudentissimum cadat. Probata sane læsione, præsumitur inconsulta facilitas, sed nisi reus contrariis conjecturis fortioribus nitatur. Hoc autem dicitur *d. L.* 1. quod ex eo solo quod decurio creatus non arguatur prudentia, *per L.* 1. *C. Qui ætate vel profess.* Sic uti nec ex eo quod liberos suscepit quis non ideo doctior qui liberis forte magis quam libris operam dedit; ita Duarenus. Sed imo hæc sententia est *d. L.* 1. Quod si industrius filiusfamilias appareat, non ita verisimilis sit læsio, sed exactiorem probationem requirat. Verisimile autem necesse est cedat vero, præsumptio probationi. Odd. *P.* 1. *Q.* 23. *Artic.* 3. *in fin.* Goth. *in d. L.* 1. Jacob. Ferrer. *Annot. ad Decis.* Guid. Papæ 88. Et ibi vocula *verum* adversativa hoc ipsum arguit. Denique refellitur Duar. ex *L.* 1. *in fin. D. h. t.*

(2) Et ita minorem juris Doctorem et qui se JC. profitetur ac de jure respondet, non restitui vult Duar. ad *d. L.* 1. *C. Qui et adv. quos*, Alnis. de Albertis *Singul.* 87 Guid. Papæ *Decis.* 88. *n.* 4. Gomez. 2. *Resol.* 14. *n.* 5. Brouch. 1. *Misc.* 28. Quæ receptior opinio teste Oddo *P.* 1. *Q.* 23. *Art.* 7. et Fachin. 3. *Contr.* 5. Quod utique procedit in iis quæ ad jurisperitiam spectant, si errore juris exceptionem vel allegationem omisit, quod putaverit ad merita caussæ nihil facere; quia hic desiderium ejus cum professione pugnat, argum. *L. professio. C. de muner. patrim. Lib.* 10. et turpe est caussis oranti jus ignorare, *L.* 2. § 43. *de O. I.* Mudæ. ad *d. L.* 1. Benvenut. Straccha *de Mercatorib. p.* 3. *n.* 27. Busius ad *L.* 1. *D. h. t. n.* 5. Mauric. *Cap.* 223. Cagnol. *in princ. Proœm. Dig. n.* 79. et relati ab Harpr. *in* §. 33. *I. de act. n.* 6. *et seqq. et Process. judic. Decis.* 24. *Concl.* 7. Secus si ignorantia facti, quæ meretur excusationem. Maxime in negociis contrahendis et extra judicium. Juris enim ignorantia dedecori est Jurisconsulto, facti in prudentissimum cadere potest. Quin professio juris et artium cum provida administratione bonorum nihil commune habet. Immo studiis dediti plerumque nullam vel exiguam curam habent rerum familiarium, quæ in pulvere campi, actibus otio litterario contrariis expediuntur, belle Maynard. *Lib.* 3. *Decis. Tolos.* 28. add. Fachin. 3 *Contr.* 5. Odd. *d. Artic.* 7. *n.* 32. *et seqq.* Sarmient. 3. *Select. Interpretatio. n.* 12. Sic et peritia alterius artis quam minor profitetur, impedit restitutionem circa negocia illius artis et professionis. Mauric. *d. Cap.* 223. Odd. *d. Q.* 23. *Art.* 5. et 6. Quomodo Mudæ. ad *d. L.* 1. idem esse in mercatoribus et aliis qui, præhabito examine, recipiuntur et non inviti trahuntur ad alicujus rei professionem. Sed contra disputat Sarmient. *d. Cap.* 12. *n.* 11.

(3) Ob læsionem scilicet in rebus suis privatis, non in publicis: ita Maynard. *Lib.* 3. *Decis.* 49. Reges Francorum, etsi infantes sint, nunquam ætatis beneficio restitui, sed in omnibus judiciis majores haberi notat Bodin. 1. *de Reb.* 8. *n.* 104.

(4) Numerus liberorum supplet ætatem in honoribus acquirendis *L.* 2. *D. h. t.* a quibus alias arcetur minor, *L.* 8. *de muner.* A. Fab. ad *d. L.* 2. Sich. ad *L.* 2. *C. de in int. rest. n.* 4. Odd. *P.* 1. *Q.* 23. *Art.* 13.

quædam, qua fiat ut alienis consiliis aut blanditiis persuasi, aut sua ipsorum libidine incitati minores facile huc illuc impellantur, et quæ alioqui utilia sciebant, contemnant et concedant aliis.

IV. Sequitur aliorum auctoritas quæ in re cum minore gerenda interveniens, sæpe videri potest rem gestam ita confirmare ut rescindi jure non debeat. Hujusmodi auctoritas est judicis, magistratus tutoris, vel curatoris, patris: quales solent interdum negotiis minorum adhiberi, ad confirmandum id quod cum his gestum est. Quod in his obstet minori ad restitutionem aut non obstet quæritur. Sit hæc primum auctoritas judicis quæ spectatur in rebus ab eo judicatis. Hæc si intervenerit in caussa minoris ita ut minore per tutores aut curatores recte defenso, res adversus eum judicaretur, sententia quidem valet ipso jure. Sed an minor qui non appellavit, in integrum restitui adversus rem judicatam potest? Movet auctoritates rerum judicatarum quam traditum est eam esse ut propter hanc publice intersit quod in caussa aliqua judicatum sit, exitum habere, *L. servo*, *§. cum prætor*, *D. ad Treb.* Et placuit (5) etiam adversus rem judicatam quæ jure valeat, et a qua non sit appellatum, minorem qui ea sententia læsus sit, adversus quemcunque lata sit, in integrum restitui posse, *L. 1. L. 4. L. ultim.* et prope toto titulo *C. si adver. rem. jud.* Quidni vere minor et hic restituatur, qui læsus est? Neque enim hic publica auctoritas rerum judicatarum recte obtendetur adversus minorem; cum hæc ita constituta sit jure, ut tamen relictum sit omnibus etiam majoribus remedium publicum appellationis quo iniquitas sententiæ corrigatur, *L. 1. D. de app.* Quod præstat majoribus appellatio suo tempore interposita, id æquissimum est in integrum restitutionem præstare minoribus inter tempora restitutioni postulandæ præfinita. Ideo hæc duo ad suspendendam pariter sententiam comparantur in *L. si caussa*, *C. de trans.*

V. Sed an adversus omnium sententias minor restitui potest? Quid enim, si in principis auditorio res judicata sit? quid si judicarit præfectus prætorio, si senatus, aut summa aliqua præfectura? Magna caussa esse videri potest cur non possit: ne scilicet rescindantur eorum sententiæ, quorum ut summa potestas est in jurisdictione, ita summa tum fides tum sapientia esse existimatur: qua ratione factum est ut nec ab his possit appellari. *L. unica*, in fin. *D. de off. præf. præt.* Sed et cur ab his appellari non possit hæc quoque ratio est, quod non appellatur nisi superior. His autem quos diximus, nullus superior est, sed ipsi sunt qui ab aliorum sententiis provocantur. *L. 1. D. a quib. app. non lic.* Placet tamen et adversus summorum istorum judicum sententias minorem in integrum restitui posse. Ac si quis quærat quis sit restituturus, cum nullus sit his major qui possit restituere: placet ipsos eosdem qui sententiam adversus minorem tulerunt, minorem adversus sententiam suam restituturos, *L. in caussæ*, 16. *§. ult. L. præfecti*, 17. *L. minor autem*, seq. *L. præses*, 42. *D. de min.*

VI. Cur ergo adversus istorum sententias provocatio non est: in integrum autem restitutionis postulatio permittitur: cum utroque modo pariter fiat ut res judicata rescindatur? *d. L. si caussa*, *C. de trans.* Ne quis hic hanc rationem putet, quod appellari non possit nisi superior; his autem superior nullus est: nam hæc ratio æque incerta est atque id quod proponitur. Quæretur enim amplius cur non et hi adversus sententiam suam appellari possint, ut adiri possunt quo adversus sententiam suam in integrum restituant. Ergo hæc propria et certa differentiæ ratio est, quam eleganter Hermogenianus reddidit in *d. L. præfecti*, *de min.* Hæc idcirco tam varie, inquit, quia appellatio quidem iniquitatis sententiæ querelam: in integrum vere restitutio erroris proprii veniæ petitionem, vel adversarii circumventionis allegationem continet. Est autem hæc sententia: qui appellat queritur inique judicatum et sibi injuriam factam a judice vel propter improbitatem ejus vel propter imperitiam. *L. 1. D. de app.* Nefas est autem hac querela lædere famam summi magistratus, nedum

(5) Et tanto facilius in judiciis læditur, quanto difficilius est cavere etiam majori ne quid in eo damni incurrat, Anton. Fab. ad *L. 7. §. 4. h. tit.* De restitutione contra sententias pluribus Mauric. *Cap.* 192. *et seqq.* Octav. Vestr. *Lib.* 8. *Pract. Rom. Cap.* 3. fusissime Odd. *P.* 2. *Q.* 68. *et seqq.* Nunc et contra interlocutorias, vid. Rolant. *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 2. *Cap.* 22. *n.* 3. *et* 4. Menoch. *Retin. possess. Remed. ult. n.* 55. Quid si tres sententiæ conformes, vid. Odd. *Artic* 4. Mauric. *Cap.* 268. Myns. 3. *Observ.* 74. Anton. Fab. ad *L.* 18. *§.* 2 *hoc tit.* qui vult non dari restitutionem per *d. §.* 2. nisi a Principe. Variatum hac de re in Rota Romana refert Cæsar de Crassis *Decis. Rotæ* 21. add. Octav. Vestr. *Lib.* 8. *Pract. aulæ Rom. Cap.* 3. *n.* 7. et Knich. de Sax. *non provoc. jure* verbo *jus Cap.* 5. *n.* 123. *ac seqq.*

Principis, *d. L.* 1. in fin. *D. de off. præf. præt. L.* 1. *D. a quib. app. non lic.* At qui in integrum restitutionem postulat fatetur judicem juste judicasse, ut sunt ea quæ allegata et probata sunt in judicio superiore: sed dicit errore suo et infirmitate, aut adversarii dolo, aut advocati ditione factum esse ut non diceret ea quæ pro caussa faciebant, atque hujus erroris venia sibi concedi postulat, *d. L. minor autem*, 18. *de min.* Quæ cum dicit minor, palam est magistratus auctoritati aut fidei ne minimum quidem derogari. Ex hac ratione intelligimus, nunquam minorem adversus summorum judicum sententias aut ab eodem desiderantem in integrum restitui audiendum esse, nisi (6) de errore suo fassus novas sic allegationes pro caussa adferre dicat, ad quas cognoscendas et admittendas se restitui postulet. Restituetur ergo adversus rem judicatam minor, nec ullius judicis dignitas aut amplitudo hoc beneficium illi adimet. Nec intererit quomodo judicatum sit, utrum adversus eum an vero pro eo, si modo hoc posteriore casu minus sententia consecutus sit quam oportuit, *L.* 1. *C. si adv. rem jud.* veluti, si jusserit rem restitui et de fructi- nihil dixerit: si ex bonæ fidei judicio pecuniam præstari sine usuris. Sunt hæ accessiones tales ut, postquam de principali actione res judicata est, non possit amplius ne victor quidem de illis experiri, *L.* 4. *C. dep.* Sed quod jure communi hic fieri non potest et denegatur majoribus, id minoribus conceditur per in integrum restitutionem. Quandoque tamen adversus rem judicatam cessat in integrum restitutio: quandoque in totum, ut cum ea sæpius de eadem re postulatur, de quo inter exceptiones dicetur: quandoque sub conditione, si grande non sit damnum minoris, ut in pignoribus ex caussa judicati captis et distractis; de qua specie dixi supra, cum statuimus læsum minorem etiam ob exiguum damnum restitui posse.

VII. Rei judicatæ finitimum est propter auctoritatem (7) decretum magistratus quod interdum in distractione rerum minoris solet intervenire: ut fit cum prædia minorum distrahuntur, quod nisi decreto magistratus interposito fieri non potest, *L.* 1. *D. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt.* Finge ergo decreto magistratus aliqua esse divendita, sed minoris justo pretio empta ab eo qui fisus auctoritate decreti putabat se tuto emere. Potest enim restitui adversus hanc venditionem quæ publica auctoritate magistratus et decreto confirmata est? Et placuit ne hic quidem decretum magistratus minori obstare, quominus in ea venditione læsus restitutionem in integrum recte postulet, *L.* 2. *C. de fid. mi. L. si quidem, C. de præd. min.* Quod multo magis in hac specie admittendum fuit quam in re adversus minorem judicata. Nam rem judicatam sua sententia confirmat judex, ut nunquam possit minor re adversus se judicata in integrum restitui, quin restituatur vere adversus rem judicatam, eoque adversus rei judicatæ et judicis auctoritatem. Cum autem decretum interponit magistratus quo permittit prædium minoris vendi, modum et quantitatem venditionis postea secutæ decreto suo non comprobat, nedum confirmet: ut dicendum sit, quæcumque hic restitutio adversus eam venditionem secuta erit, nunquam eam constitui adversus decretum et auctoritatem magistratus. Permittit enim magistratus vendere dumtaxat: hoc aut illo pretio, hoc aut illo modo vendere non permittit. Et ut forte hoc quoque posterius permittitur; permittit tamen tantum, non ut in sententia jubet fieri. Quæ res non impedit quominus minor, consentiente etiam magistratu, hic negotium suum gerat.

VIII. Sed præcipuam in his dubitationem adfert tutorum et curatorum auctoritas, cum quæritur an si his auctoribus res gesta sit cum minore, possit nihilominus minor si læ-

(6) Dissentit Odd. *P.* 1. *Q.* 31. *Artic.* 17. idem statuens etsi imperitia Judicis læsus minor. Non autem minor Judex restituit contra sententiam majoris, *L.* 18. *pr. h. tit.* An autem par contra sententiam paris? Affirmat Cujac. *ibid.* Sed Ant. Fab. *ibid.* id aliter admitti non posse quam contra decessoris per concessoris sententiam, *L.* 42. *h. tit.* quia quasi propria videtur. Adversus sententias quoque supremæ Curiæ imperii restitutio peti potest, Oud. Cam. *p* 3. *tit.* 51. *et seq.* Ott. Meland. *Com. Cameral. Parte* 2. *fol.* 36.

(7) Odd. *P.* 1. *Q.* 21. *Art.* 9. Mauric. *Cap.* 21 1. Tametsi Angell. et Jo. de Crassis contra senserint, contra jura aperta locuti, iû

quit Fr. de Caldas ad *L.* 3. *C. hoc tit. v. implorare in int. restit. n.* 2. Non obstat quod contra solutionem ex decreto Judicis factam nulla restitutio, *L.* 7. § 2. *hoc tit.* nam illa solutio est necessaria quam Judex præcipit. In alienatione vero interpositum decretum non est compulsionis et præcepti, sed permissionis, Caldas *d. loc.* Mudæ. ad *L.* 1. *C. advers. solut vers. et sane mirum.* Quin immo et contra dispositionem *L. bene a Zenone ult. C. de quadr. præscript.* re minoris a fisco vel Principe vendita restitutionem concedi, post alios adstruit Jo. del Castillo *Quotid. Controv. Cap.* 5. *n.* 7. junct. *n.* 14. *et seqq.*

sus est, restitutionem in integrum impetrare. Nam tutorem aut curatorem auctorem fieri est comprobare quod geritur, *L.* 3. *D. de auct tut.* Duo hic videntur obstare restitutioni: tutorum et curatorum potestas in rerum minoris administratione: tum auctoritatis interponendæ finis. Tutoris potestas hæc est, ut dum tutelam administrat, pro domino habeatur, *L. qui fundum.* §. *si tutor. D. pro empt. L. tutor qui tutelam. D. de admin. tut.* Eademque caussa est curatorum, *L. qui neque,* §. 1. *D. de reb. eor. qui sub tut. L.* 4. §. *quæ in tutore, D. de dol. mal. et met. exc.* Atqui tutor major est qui, si rem cujus vere dominus est suo nomine gessisset, non restitueretur. Cui consequens esse dixeris, ut nec debeat minor restitui in eo quod gessit tutore auctore, tanquam re a tutore gesta, id est eo qui pro domino habebatur. Finis auctoritatis a tutoribus aut curatoribus interponendæ idem exigere videbatur. Quorsum enim hæc auctoritas, nisi ut rem confirmet cum minore gestam? At res gesta rescinditur in integrum restitutione. Quare, ne rescindatur atque hoc modo frustra intervenerit auctoritas, dici potuit rem integram manere debere quam tutor aut curator sua auctoritate comprobarit. Sed ne hanc quidem auctoritatem placuit minoribus obesse ad in integrum restitutionem, quæ summa est *tit. C. si tutor vel curator interven.* Ac res commode definita est in *L.* 2. *eod. tit.* his verbis: *minoribus annis viginti quinque in his quæ præsentibus tutoribus vel curatoribus in judicio vel extra judicium gesta fuerint in integrum restitutionis auxilium superesse, si circumscripti sunt, placuit.* Et recte; quid enim profuit adversus captionem tutoris aut curatoris auctoritas, si hac adhibita, nihilominus minor captus est? Nos autem minoribus captis hoc edicto succurri volumus. Itaque adjecit Scævola, nec si justum sit minorem hic restitui, idcirco denegandum id auxilium, quod tutor delicto vacare, *L. tutor,* in princ. *D. de min.* Nam quod dicitur tutores et curatores in rerum minoris administratione pro dominis haberi, hactenus verum est, dum prosint minoribus, non noceant. Dati enim sunt tutores ad tuendum, ut declarat definitio tutelæ, *Inst. de tut.* in pr., curatores ad curandum, ut verbum indicat. Nihil porro tam contrarium est tutelæ aut curæ, quam tutelæ aut curæ tuæ commissis nocere. Denique sententia est juris certi et æquitatis manifestæ, quod salubriter ad utilitatem, et favorem aliquorum introductum est, non debere ad eorum læsionem et incommodum converti, *L. nulla, D. de legib. L. quod favore, C. eod.* Quare cum constet auctoritatem tutorum et curatorum minorum caussa quæsitam esse, ne quid ipsi inconsulte gererent: non eo usque produci debebit hæc auctoritas, ut minoribus noceat auxilium ætatis his adimendo quod alioqui, remota istorum auctoritate si quid gessissent et valeret, habituri essent; ut accidit minori curatorem non habenti, si quid cum quoquam contraxerit, *L.* 3. *C. de in int. rest. min.*

IX. Neque vero si minoribus adversus hanc auctoritatem in integrum restitutionem damus, ideo frustra adhibetur tutorum aut curatorum auctoritas. Hæc enim interveniens semper hoc præstat, ut ipso jure valeat quod geritur, quod alioqui non valeret, *Inst. de auct. tut. L.* 3. *C. de in integ. resti. min.* Quodque ideo jure valens rescindi non possit quanvis minoribus læsis, nisi postulata in integrum restitutione, idque intra tempora ad eam rem constituta. Hæc amplius, si minores læsi non sunt, id efficit ut, remota in integrum restitutione, non possit pro libidine minorum rescindi unquam quod gestum est.

X. Si tutoris curatorisve auctoritas interveniens restitutionem in integrum non impedit, ne tunc quidem impediet cum (8) idem erit tutor aut curator, qui et minoris pater. Non enim qua pater est auctoritatem interponit, sed qua tutoris curatorisve munere fungitur; nec si patre eodemque tutore auctore pupillus captus sit, postea pater curator ei datus prohibetur nomine pupilli in integrum restitutionem postulare: quia hic non de facto patris, sed de jure filii agatur, *L. etiam* 29. in prin. *D. de min.*

XI. Adeo autem verum est, auctoritatem tutorum aut curatorum intervenientem minoribus læsis non obstare quominus adversus eum cum quo res gesta est in integrum restitutionem impetrent, ut placeat etiam his dari, quanvis personali actione a tutore vel curatore suum consequi possint: quæ definitio est, *L.* 3. *C. eod. titul.* Quod eo

(8) Ratio dubitandi videtur ratione diligentiæ magis prospectum esse filio per *L. ult. C. de cur. fut. L.* 67. §. 1. *de rit. nupt.* Duar. *ad d. tit. C. Si tut. vel cur.* Ratio decidendi. Excludit quidem patris affectio præsumptionem fraudis *dd. LL.* ast non probationem, sive fraus in consilio sit, sive re ipsa. Anton. Fab. ad *d. L.* 29. Multo igitur magis restitutio, etsi consanguinei vel amici interfuerint, vid. Mauric. *Cap.* 145. Odd. Q. 32. *Artic.* 6. et 7.

dicitur quia si quid tutores vel curatores male gesserint, dum, aut minori male auctoritatem accommodant, aut id per se faciunt, quod minorem lædat, ut si res aliquas minoris parum idonee vendant: hanc culpam minori præstant teneanturque ei eo nomine: tutor quidem tutelæ judicio, curator autem utili negotiorum gestorum actione, *L. quidquid, C. arb. tut. L. curatorem, L. tutori, C. de neg. gest.* quæ omnes personales sunt actiones, idest in personam. Ita fit ut si minor in re tutoribus aut curatoribus auctoribus cum alio gerenda læsus sit, duos habeat eo nomine sibi obligatos; eum cum quo res gesta est, adversus quem est in integrum restitutio, et tutorem superioribus actionibus in personam. Hoc ergo dicimus, quanvis minor agere possit eo nomine cum tutoribus aut curatoribus et ab his damnum sarcire quod passus est; nihilominus eum, (9) si ita videatur, dirigere posse actionem adversus eum cum quo res gesta est, ut adversus eum in integrum restituatur. Dixi, si ita minori videatur; nam quominus prius agere possit cum tutore aut curatore, nihil est impedimento, *L. etiam*, 45. in fin. *de min.* Et si quidem tutores aut curatores solvendo non sint, convenit inter omnes id eum facere posse: nec abs re: tum enim omnimodo planum fit minorem læsum esse, cum quod superiore gestu amisit, ab illis consequi non potest: estque in hanc sententiam, *L. cum mandatu, D. de min.*

XII. At quid, si tutores aut curatores solvendo sint, ut cum his agendo possit minor ab his cum re suum consequi? Sed verba *d. L.* 3. *C. si tutor vel curat.* diserte scripta sunt, minoribus in integrum restitutionis auxilium dari, *licet personali actione a tutore vel curatore suum consequi possint.* Quod dici nisi de tutore vel curatore qui solvendo sit, non potest. Non enim potest minor suum consequi nisi sit qui præstet, neo præstare quisquam nisi qui est solvendo. Nisi forte cum quibusdam illa verba *suum consequi possint* sic interpretemur, suum consequi possint jure, non effectu, idest, licet ab his suum petere possint, sic tamen ut non sint solvendo. Quod ridiculum est. Nam quomodo dici possunt suum consequi qui nihil consequuntur? At minor jure suum consequi debet a tutoribus et curatoribus, etiam qui solvendo non sunt. Sed aliud est suum consequi debere, aliud posse. Illud ad jus, hoc ad naturalem consequendi facultatem refertur: quæ nulla est in eo qui non habet eos qui re ipsa possint præstare. Denique longe diversa sunt petere posse suum, et posse suum consequi: cum petere possimus ab inope a quo non modo nihil consequamur, sed nec natura consequi possimus. Quid, quod ne ab eo quidem proprie dici possumus petere posse a quo consequi nihil possumus? cum, ut est in *L. nam is*, 6. *D. de dol.* nullam videatur actionem habere is cui propter inopiam adversarii inanis actio est. Non desunt tamen qui ita interpretentur, ut dixi, impediti scilicet suis quibusdam rationibus et objectionibus, quas dum expedire aliter, quam ita interpretando non possunt, eam rationem rei expediendæ potiorem habuerunt. Habent autem hujus sententiæ argumenta tria, quorum de singulis sigillatim breviter respondebo.

XIII. Primum ergo ita disputant. Minor nisi læsus sit et suum quid amiserit, in integrum res itui non potest, *L. non omnia, D. de min. L.* 2. *C. in quib. caus. in integ. resti. nec. non est.* At qui suum consequi potest a tutore vel curatore qui solvendo sit, is læsus non est nec rem suam amisit. Quare minor, quandiu in ea caussa erit, in integrum restitui non potest. Sed responsio est in promptu. Aperte enim falsum est minorem læsum non videri, non videri eum rem suam amisisse qui suum a tutore aut curatore consequi potuit. Imo contra, quod suum persequitur a tutoribus aut curatoribus, et laborat ut ab his consequatur, certissimum argumentum est eum prius amisisse: qui nisi amisisset, nullam haberet actionem adversus tutores vel curatores, quo ab his damnum præstaretur. Sed probant læsum eum non esse nec rem amisisse, qui suum a tutoribus vel curatoribus consequi potuit: quia scilicet ita est regula juris, qui actionem habet ad rem aliquam recuperandam, eum ipsam rem habere videri, *L. qui actionem, D. de reg. jur.* Quo argumento nihil potest dici ineptius. Sane enim qui actionem habet ad rem aliquam videtur ipsam rem habere: sed videtur, inquam, non habet. Quam si haberet, ne eam quidem actionem quam habet, posset ad rem re-

(9) Consentit Odd. *P.* 1. *Q.* 22. *Artic.* 3. Meichsner. *Tomo* 3. *Decis. Liam.* 7. *n.* 17. Raudens. *Decis. Pisana*, 12. *n.* 60. *et seqq. et Tomi* 4. *Decis.* 36 *n.* 18. *et n.* 31. Dissentit Cujac. ad *L.* 3. §. *ult. hoc tit.* ita accipiens *d. L. ult.* si vel emptor mala fide emit, vel minoris intersit rem ipsam habere, quam a tutore qui alienavit consequi nequeat. Sed male. Et refellitur satis Cujacius ex *Nov.* 1. *Cap.* 4 §. 1.

cuperandam exercere, atque hoc modo ne actionem quidem utilem haberet. Diceretur enim ei, cur petis quod habes? Item, bona fides non patitur ut quod jam habetur iterum exigatur, *L. bona fides, D. de reg. jur.*

XIV. Alterum istorum argumentum tale est. Qui communi et mero jure munitus est, ei non debet tribui extraordinarium auxilium in integrum restitutionis, *L. in caussæ*, 16. *D. de min.* Jam vero qui actionem tutelæ aut negotiorum gestorum habet de re aliqua amissa, is in ea re jure communi munitus est; quia sunt hæ actiones ex jure civili et communi. Proinde ei in ea re in integrum restitutio tribui non debet. Hoc qui ita disserunt, declarant quam aut non intelligant aut non animadvertant quid sit veteribus minorem ipso et mero jure communi munitum esse, ut ne in eo impetret in integrum restitutionem. Dicitur veteribus minor communi auxilio simul et mero seu ipso jure munitus esse, cum quod ab eo gestum est ipso jure non valet, veluti, si quid cum pupillo contractum sit sine tutoris auctoritate: aut si minor dolo inductus sit ut societatem coiret, aut si coierit donationis caussa, ubi societas nulla est nec inter majores quidem; idque diserte ita explicatur ab Ulpiano in *d. L. in caussæ*, 16. *de min.* Quod si id quod minor gessit ipso jure valet, ibidem adjicit Ulpianus competere minori in integrum restitutionem, quamvis (10) aliam actionem habeat ad rem recuperandam, puta condictionem;

(10) Consentit Duar. *ad hoc tit. D. fol.* 87. *et ad tit. C. Si tut. vel cur. fol.* 92. *et ad tit. C. Si advers. rem judic. fol.* 95. brocardicum quod DD. pro certa lege habent restitutionem non dari, si ordinarium remedium competat: remedium ordinarium et extraordinarium non currere, ineptissimum ac falsissimum vocans ac meras nugas, et Bart. ad *d. L.* 16 munitum jure communi dici qui adversus damnum ex re gesta defenditur. Minus vero est habere actionem quam rem. Et utilius est restitui quam sumptuosis actionibus distringi. Wesenbec. *in Par. hoc titulo n.* 8. Nec pro minore inducta decisio, *d. L.* 16. contra eum adduci debet, nec subsidiarium hoc ideo remedium, sed principale, Alex. Raudens. *Decis. Pisana* 12. *n.* 61. Anton. *ad d. L.* 16. *princ.* ita. Communi auxilio etc. Sensus est, si auctoritas juris illaesum jus servavit, non obstante negocio quod gessit, perinde ac si nec gessisset. *Commune auxilium* non quod majoribus commune; nam et appellatio communis, nec tamen qui appellare potest restitui nequit; sed quod minoribus omnibus aut pupillis commune ex sola juris auctoritate, citra ullam prætoris adeundi necessitatem, per exempla subjecta. Sed etsi *commune* diceretur quod et majoribus competit, verba tamen *d. L.* 16. hæc duo conjungunt: *communi auxilio et mero jure*, ut recte Donellus hic post Fulgos. et Mudæ. ad *L.* 5. *C. de in int. rest.* Quæ mala DD. separant priore contenti, alias frustra illa adjecta *et mero jure*. Quia ubi gesta jure rata sunt, sed aliqua actione majoribus communi infringi possunt, tanto gravior est læsio digniorque ope prætoria. Qui non dedignatur sua beneficia etiam illis impertiri quibus non adeo necessaria sunt, sed tantum utilia, ut bonorum possessionem iis qui jure civili adire hereditatem possunt etc. Alia ratio actionis de dolo subsidiariæ quia ea est famosa. Non obstat *d. L.* 16. *pr.* verbis *num alia actio*; nam respondet Ant. Fab. *ibid.* Alia actio; non quod jus dicendi nullum actionis verbo contineatur, ut post Accurs. Cujac. sed *alia*, non quæcunque: verum ea quam haberet minor, etsi negocium non esset, id est quæ ei competit ipso jure non aliam ob caussam quam quod gesta non teneant, ut rei vindicatio ut per exempla. Non si *alia* ex ipso negocio competens ut condictio *d. L.* 16. §. 2. Mudæus *d. loc.* resp. non obstare illa verba, quia subditur, *citra in integrum restitutionem*; quod idem est ac si dicas mero jure. Mihi sic exponenda videntur. Videndum *num alia actio* competat, id est non an alia actio sit minori, sed an alia actio sit adversario, quasi dicat: si adversarius contra minorem actionem non habeat, non necessaria est restitutio. Probat hanc speciem subdita Pone: Pupillus mutuum accepit sine tutore, idemque nummos perdidit. Cessat restitutio, *d. L.* 16. *pr.* quia scilicet nulla actio est mutuanti contra pupillum etc. Apertior hic sensus si pro *alia* legas *aliqua*, quomodo veteres codices habere testatur Walt. 1. *Misc.* 31. Verum etsi hæc ita sint, DD. tamen et pragmaticis constitutissimum est suum illud brocardicum; ac citius forte clavam Herculi ademeris quam ut contra in foro disputando audiaris. Videndum igitur ut istud declarent vel restringant. De quibus Mauric. *Cap.* 12. *et Cap.* 289. fuse Odd. *P.* 1. *Q.* 17. Caldas ad *L.* 3. *C. h. t. v. implorare in int. rest. n.* 9. *et seqq.* Potiores declarationes hæ duæ; 1.° ut obtineat quando utrumque remedium ordinarium et extraordinarium contra eumdem, secus si contra diversos, *L.* 3. *C. si tut. vel cur.* Caldas *d. loc. n.* 10. Odd. *d. Q.* 17. *Art.* 2. Zas. 1. *Singul. Resp.* 20. *n.* 221. Meichsner. *Comm.* 3. *Decis. Cam.* 7. *n.* 17. dissentit Pac. 2. *Q.* 99 ita demum admittens, si utilior restitutio minori quam actio contra alium. Plane 5. modis hanc declarationem restringit. Odd. *d. loc.* 2.° Ut non obtineat quando extraordinarium remedium plenius prospicit, Odd. *d. Art.* 2. *n.* 33. Caldas *d. loc. n.* 14. Mauric. *Cap.* 12. *n.* 7. Pac. 2. *Q.* 99. Zas. *d. Cap.* 21. *n.* 18. Ces. Contard. in *L. diffamari Cap.* 4. *n.* 101. Sichard. ad *L.* 1. *C. Ex quib. cau. maj. n.* 2 Petr. Barbosa ad *L. quia* 14. (*alias* 13.) *Sol. matrim. n.* 69. Et communissimum vocat Jo. Ludov. Bender. *de licitatione Concl.*

de quo supra a me suo loco satis dictum est.

XV. Plus difficultatis habet tertium quod plerosque tenuit, parum etiam ab iis qui recte sentiunt, commode explicatur, ex *L. cum mandatu, D. de min.* ubi in extremo scriptum est ad hanc sententiam, si procurator minoris negotia administrans in his mandatu domini quid gesserit in quo læsus sit minor, non esse minorem audiendum adversus eum cum quo res gesta est, in integrum restitui postulantem, nisi res a procuratore servari non possit: ut intelligamus prius minorem cum procuratore experiri debere, et si is solvendo sit, cessare in integrum restitutionem. Sin non sit solvendo ut minor ab eo suum servare non possit, tum minorem adversus eum cum quo res gesta est, restitui posse. Si hoc in procuratore mandatu minoris rem gerente recipimus, valere debet et in tutore itemque curatore qui quid nomine minoris gesserit: quoniam non minus procurator mandatu domini rem gerens domini loco est, *L. nam et nocere, D. de pact.* Nec recte hic distinguetur tutor a procuratore, quod tutoris administratio (11) necessaria sit, cui magis favendum est, procuratoris autem voluntaria. Sane enim illic necessaria est tutoris administratio, cum ex fide et utiliter aliquid gerendum est in rem pupilli. At non est necesse tutori rem male gerere: de eo autem tutore et curatore qui rem male gesserit, nunc quæritur. Nam ad hunc pertinent verba *d. L.* 3. *C. si tutor. vel curat. int.* Quid ergo ad hoc exemplum dicimus? Nempe ut maxime superiora ita sunt, tamen exemplum minime congruere. Longe enim alia persona est procuratoris, alia tutoris aut curatoris in rerum minoris administratione. Procurator minoris si quid gerit, contrahit cum alio, quanvis id faciat mandatu et nomine minoris, ipse tamen rem gerit, non minor. Indicio est quod, si qua inde actio acquiritur a procuratore, ea acquiritur ipsi procuratori, quam postea domino præstare cogitur, *L. possessio, §. ultim. D. de acquir. poss.* si qua contrahitur obligatio ab eo, ipse obligatur, non dominus, *L. procurator.* 67. *D. de proc.* Hæc res facit, ut minori ex hac caussa non possit statim competere in integrum restitutio adversus eum cum quo res gesta est: quia verum est eam gestam non esse cum minore. Ita necesse est ut minor prius agat cum procuratore, a quo si rem servare non potest, tum demum res minoris agi intelligitur, quia agitur ejus incommodum, eoque et tunc primum nascitur ei in integrum restitutio. At cum minor gerit quid tutoris aut curatoris auctoritate, statim a principio verum est (12) rem cum minore gestam. Quæ res ei, si læsus est, statim in integrum restitutionem tribuit: quoniam prætor in integrum restitutionem pollicetur de omni eo quod cum minore gestum est. Sed etsi tutores ipsi aut curatores per se quid gesserint in rebus minoris, puta quid vendiderint, idem dicendum est: certè ad istos potissimum referuntur verba, *d. L.* 3. et *L. ultim. C. eod. tit.* Nempe ideo quia, et istis rem gerentibus, res cum minore ipso geri intelligitur. Hi enim quia in rerum minoris administratione pro dominis habentur, ut ante dixi; ideo quidquid hic ab his gestum est perinde (13) accipitur, quasi cum ipso minore gestum esset, etiam ut minor

25. *n.* 12. Sic, etsi minori ob omissas allegationes condemnato appellatio parata sit, non tamen negatur restitutio, quia pinguior, Caldas *d. loc.* Odd. *d. Q.* 17. *Artic.* 9. Rulant. *de Commissar. P.* 3. *Lib.* 9. *Cap.* 15. *n.* 2. Hinc et læso ultra dimidium minore restitutionem non excludi per concurrens remedium *L.* 2. *C. de resc. vend.* tradunt Covar. 1. *Var. Resol.* 3. *n.* 4. Pin. in *d. L.* 2. *P.* 3. *Cap.* 1. *n.* 19. Anton. Fab. 7. *Err. Prag.* 9. Ant. de Gamma *Decis.* 21. Mauric. *Cap.* 289. Caldas *d. loc. n.* 12. *et seq.* quia restitutio plenior, per quam consequitur fructus a tempore venditionis, *L.* 24. §. *pen. h. tit.* Nec adversarius supplendo quod deest rem retinere potest, si forte intersit minoris ipsam rem recipere etc.

(11) Quomodo Azo *in Summa C. hoc tit. n.* 15. Fr. de Caldas *ad L.* 3. *C. h. t.* v. *implorare in int. n.* 34, Mudæ. *ad L. ult. C. si tut. vel cur.* Mauric. *Cap.* 254. *cir. med. vers. nec est absonum*, Seraphin. *Privileg. juram.* 102. *n.* 14. quod promptius subveniatur iis quorum munus necessarium, *L.* 1. § 3. *et* 4. *Depos.*

(12) Quod geritur a tutore vel curatore, facilius cum minore gestum intelligitur quam cum domino id quod procurator gessit. Duar. *ad d. h. tit. C.* Et tutoris persona magis repræsentat pupillum, quam procuratoris dominum. Nam ex contractu procuratoris contra ipsum agi potest, *L.* 46. *h. t. L.* 49. *Mand.* ex tutoris non item, *L.* 2. *de adm. tut.* Anton. Fab. *ad d. L.* 23.

(13) Duar. *ad d. tit. C.*, Mudæ. *ad L.* 9. *C. d. tit.* Tutor enim non alia ex caussa accedit, nisi ut infirmum judicium suppleat. Et ut minoris nomine contrahit (nam si suo, non tenetur minor, nec opus restitutione, *L. pen. C. d. tit.*) ita hujus opera et ministerio minor juris fictione actum ipsum celebrassè dicitur, Mauric. *Cap.* 147. *n.* 3. Sed etsi tutor omni culpa careat, ubi ipse non tenetur, restitutio est, *L.* 47. *pr. hoc tit.* Anton. Fab. *ad L.* 45. *h. t.* Mudæ. *ad d. L.* 3. vid. Mauric. *Cap.* 146.

obligetur, *L. ultim, C. si advers. rem jud.* Sit igitur hoc constitutum, qua in re minoris tutor vel curator intervenerit, vel auctoritatem præbendo vel quid per se gerendo, minorem eo facto læsum statim in integrum restitui posse, quanvis a tutore vel curatore suum consequi posset, quia illi solvendo sint. Ita eveniet quod hinc natum traditur in *L. ultim. eod. tit.* Utrum minor adversus tutorem curatoremve agat, an vero in integrum restitutionem postulet ut sic parcat et gratificetur superioribus, esse in ipsius potestate; nec utroni ex his elegerit, nocere ei electionem quominus quod una via ab uno consecutus non sit, id altera ab alio consequatur. Sane hoc superioribus adjiciendum est, cum curatores idonei sunt, sie posse minorem fundo vendito adversus emptorem restitui, si fundo meliore facto, velit omnes impensas quas emptor bona fide fecerit, ei præstare, *L. intra, §. ult. D. de min.*

XVI. Nonnunquam tamen tutorum aut curatorum auctoritas interveniens in integrum restitutionem excludit: quod tribus his in caussis a Justiniano diversis, legibus constitutum est: in redditibus et pensionibus annnis quæ solutæ sunt aut minori tutore auctore, aut tutori ipsi vel curatori, *L. sancimus, 1. C. de admin. tut.* In hereditate fideicommissaria minori restitui jussa, quæ ei ab herede tutore vel curatore restituta est, *L. pen.* in prin. *C. ad Trebel.* In instantia judicii quæ triennio legitimo exclusa est, cum res tutoribus aut curatoribus auctoribus judicio acta esset. Hactenus tamen in hac specie denegata in integrum restitutio minori, dum tutores et curatores quorum culpa id damnum contigit solvendo sint, ut possit minor ab his rem servare. Alioqui restitutio minori concessa ad repetendam eandem actionem: hoc in *L. properandum, §. ult. C. de jud.* Hæc obiter de his exceptionibus nunc attigisse sufficiat, ut pro loco: de quibus amplius inter exceptiones hujus edicti dicendum est, quo singularum ratio cognoscatur. His etiam quartam speciem recte adjecturi videmur, venditionem rei pupillaris vel adolescentis quam lex distrahi non prohibet. Hujus quidem distractionis nomine conceditur in integrum restitutio in *L. pen. D. de min.* sed hac conditione, si grande damnum pupilli vel adolescentis versetur. De qua specie scripsi supra in capite de læso minore in extremo.

XVII. Si tutorum vel curatorum auctoritas rei cum minore gestæ adhibita restitutionem in integrum minoribus non adimit; multo minus adimet parentis auctoritas in re cum filio minore gesta, sive is mancipatus erit sive in patris potestate. Cujus rei exemplum est in *L. ult. C. de filiof. min.* in eo filio, qui pro patre fidejussit: qua in specie illic scriptum est filium nihilominus, si patri defuncto non successit, in integrum restitutionem postulare posse: cum tamen et patris caritas videretur hoc officium postulare a filio ut fidem patris liberaret, et patris auctoritas rem gestam ab initio comprobantis videri posset rem a filio minore gestam satis confirmare. Sed, ut dixi, multo minus patris auctoritas in re gerenda nocere debuit filio, quam tutoris aut curatoris minori, ipsorum fidei commisso. Non enim ut horum potestas et auctoritas comparata est ad res minorum gerendas et gestas suo periculo comprobandas; ita est et patris in rebus filii, cui neque earum rerum administratio commissa est quatenus tantum pater est, nec si quid gerente filio comprobarit, ideo illi obligatur. Unde placuit impuberem nec auctore patre obligari posse, *L. ult. §. 1. D. de verb. oblig.*

XVIII. Jam in persona ejus, adversus quem in integrum restitutio postulatur, est interdum personæ favor is qui justam dubitationem adferat an adversus eum minoribus in integrum restitutio tribui debeat. Hujusmodi personæ duæ: (14) fiscus, et debitor in pecunia minori soluta. Fisci præcipuus quidam est favor innumeris rebus comprobatus. Declarant varia privilegia huic tributa, quæ commemorantur maxime in *L. 6. L. aufertur, §. fiscus. D. de jur. fis.* Juste igitur dubitetur, si quid fiscus cum minore gesserit, si qua minori cum fisco intercedat obligatio, an etiam minor restitui possit adversus fiscum, et an non hoc etiam inter privilegia fisci numerandum sit, ut ne sit locus restitutioni. Et

(14) *L. 45. §. ult. de jure fisci* vid. Duar. *ad tit. C. si ad fisc.* Mauric. *Cap.* 217. *et* 219. Odd. *Quæst.* 18. *Artic.* 11. *et seqq.* Atque huc referenda *L. ult. D. de in int. restit.* justa receptam lectionem *contra Rempublicam.* Etsi, ea rejecta, alii substituant *contra remjudicatam*, Govean 1. *Var. Lect.* 33. et probant Cujac. et Anton. Fab. *ibid.* Elb. Leonin. 5. *Emend.* 18. *n.* 5. Alii *contra rem publicatam*, Revard. 5. *Var.* 18. (quod scriptum fuerit *rempublic.*) id est post rei judicatæ executionem, cum res creditoribus addicta venalis proscribitur. Nam, inquit, et quod publice propositum erat venale publicari dicebatur, *L. 11. §. Quod vi aut clam*, quæ hoc vix probat.

dubitatio sublata est proprio Titulo, *C. si advers. fis.* quo declaratur minorem in re cum fisco gesta, si captus est, non minus adversus fiscum restitui posse quam adversus cæteros: hoc maxime in *L.* 2. *eod. tit.* Una exceptio est quam et inter alias hujus edicti referre oportebit, nisi res minoris distractæ sint a procuratore fisci ob publicas pensitationes non solutas, et distractæ sint solemniter publica auctione, idque minore in solutione cessante; placetque si quid horum desit, restitutioni locum esse, *L.* 1. *L. ult. C. eod. L.* 1. *L.* 2. *C. si prop. publ. pensitat.* Quod et Accursius recte annotavit ad *d. L. ult. si adv. fisc.* adscriptis ad ejus sententiæ fidem pluribus locis.

XIX. Debitor quoque cum pecuniam minori debitam hinc solvit, si non temere solvit sed adhibita tutoris aut curatoris auctoritate, favore vel potius commiseratione dignus videtur, ne si minor postea eam pecuniam dilapidarit aut perdiderit, iterum eo nomine appelletur et negligentiæ aut profusionis alienæ pœnam luat. Nam solvendo fecit quod jure facere cogebatur: debebat enim. Et quod se judicio compelli passus non est, laudandus videtur potius, qui bonam fidem in eo agnovit. Quid ergo, si minor acceptam pecuniam perdidit postea, aut male consumpsit: an etiam adversus hunc debitorem restituetur ut iterum idem petere et consequi liceat? Placet etiam hic eum restitui posse, *L.* 1. *C. si adv. solu.*

XX. Quominus autem id inique aut dure constitui videatur adversus miserum debitorem Justinianus constitutione quadam sua effecit: ea est *L. sancimus,* 1. *C. de adm. tut.* quæ refertur in §. *ultim. Instit. quib. al. lic. vel non.* Cavit enim, si quod damnum ex solutione debitor metuat, in potestate ejus esse id vitare. Licere enim ei non solvere minori, quamvis petat per tutores aut curatores, sed exspectare donec judicio conventus jubeatur solvere sententia judicis. Et ne forte id judicium subire metuat propter sumptus litis in quos condemnari solet qui vincitur: voluit Justinianus judicialem hanc sententiam adversus confitentem debitorem sine ullo ejus damno procedere. Hac sententia jussus solvere si solvit tutori vel curatori, tum jussit eum plenissimam securitatem consequi, ut scilicet nec restitutionem in integrum postea formidare debeat. Huic constitutioni adjiciemus, quod Ulpianus scribit in hac specie in *L. ait,* §. 1. *D. de minor.* etsi prætor decernat pecuniam solvendam sine curatoribus, idque tum faciat cum debitor allegasset minorem esse qui peteret; nihil debitori imputandum, si hoc modo compulsus solverit, nec minorem in integrum restitui volentem audiendum. Et recte: quid est enim, quod imputari possit ei qui, etiam si vellet, aliter facere non potuit? ratio usurpata in simili re in *L. cum quidam,* §. *si pupillo, D. de usur.* Non potuit autem aliter qui a judice jussus parere necesse habuit, *L. non potest dolo, D. de reg. jur. C. quod quis, de reg. jur. in* 6. Sed quid si minores eorumve tutores aut curatores moram trahant, et moniti a debitore differant rem judicis sententiæ subjicere, ne debitor solvere audeat atque ita fiat, ut adversus non solventem perpetuo currant usuræ? Faciendum est, quod Ulpianus eodem loco cavet in *d. L. ait.* §. 1. Pecunia a debitore deponi debet solemniter; ita fiet eodem tempore ut et debitor ultra usuris non oneretur, et pecunia tuto in loco deposita minori non pereat: quæ vis est obsignationis et depositionis legitimæ, *L. obsignatione, C. de sol. L. acceptam, C. de usur.* Ulpianus ait d poni debere in ædem: id quod in *d. L. acceptam* dicitur in ædes sacratissimas. Significat autem sub una specie eam obsignationem quæ generaliter dicitur obsignatio solemniter facta in *d. L. obsignatione, C. de sol.* Ea autem est, quæ describitur in *d. L. acceptam.* Cum scilicet res in publico deponitur, et adjicitur hoc casu publicum intelligi oportere vel sacratissimas ædes vel ubi competens judex super ea re aditus pecuniam deponi constituerit.

XXI. Ad extremum etiam inconstantia minoris in restitutione in integrum varie mutanda interdum dubitationem adfert, num ei in hac inconstantia tribui debeat in integrum restitutio. Quod accidit in specie hujusmodi. Minor delatam sibi hereditatem tutore aut curatore auctore repudiavit tanquam damnosam. Deinde, cum spes nova lucri ostenderetur, postulavit in integrum restitutionem ut sibi eam hereditatem adire liceret, et restitutus est. Idem cognito postea errore suo desiderat restitui, ut superius factum mutet, et sibi iterum repudiare liceat. Quæritur, an sit audiendus. Hæc quidem inconstantia aliis in caussis omnibus improbari solet: ut in domino qui pluribus rebus ejusdem judicii procuratori mandatis quasdam revocat, quasdam relinquit: in qua specie placet eam inconstantiam domini nullo modo ferendam, *L. in caussæ, D. de proc.* Sed ne

hæc quidem inconstantia (15) quidquam facit quominus minor qua in re prius læsus est, recte restituatur, *L. ait*, §. *restitutus*, *D. de minor*. Etiam illa inconstantia est, si minor condemnatus adversus unum caput sententiæ restitui velit, cætera valere patiatur: ut proinde non aliter videatur audiendus quam si patiatur totam litem instaurari, si quidem hoc adversarius postulet. Sed et hic visum est, si species in qua minor in integrum restitui desiderat cæteris speciebus (16) non cohæret, nihil proponi cur non recte desideret, aut cur adversarius à tota sententia postulans audiatur, *L. etiam*, 29. §. 1. *D. de min.*

(15) Quia non contrarius est eodem tempore et instanti, Caldas *in definit.* v. *implorandum*, *n.* 35. vid. Mauric. *Cap.* 231. Cujac. et Anton. Fab. *ad dict.* §. 9. Confer. *infr. Cap. seq. N.* 14.

(16) Cum scilicet plura capita non connexa, ubi tot videntur esse sententiæ, argum. *L.* 29. *de V. O.* A. Fab. *ad d.* §. 1. Tunc enim et appellari ab uno capite posset, Rebuff. *h. Tr. Art.* 1. *Gl.* 1. *n.* 21. vid. Mauric. *Cap.* 195.

## CAP. XII.

**Quibus in caussis denegetur in integrum restitutio minoribus quanvis sua facilitate læsis. In quo sunt hujus edicti exceptiones.**

*Restitutionis minorum exceptiones per tria rerum genera distribui, et quæ illa.* I.
*Ex primo rerum genere octo aut plures numerari quæ restitutionem excludunt.* II.
1. *Libertatem: nisi adversus hanc ex magna caussa impetretur a Principe restitutio.* III. IV.
2. *Servitutem, etiamsi sua facilitate in eam minor inciderit: alia tamen minoris arrogati caussa.* V. VI.
3. *Præscriptiones tres temporariae: quæ istæ.* VII.
4. *Persecutiones pœnarum semel omissas.* VIII.
*Has a minore repeti non posse per in integrum restitutionem quomodo ostenditur.* IX. X.
5. *Solutiones quibus minoris debitor ipso jure liberatur: Hujus generis tres.* XI.
*Prima in redditibus versatur et pensionibus annuis.* XII.
*Altera in restitutione fideicommissariæ hereditatis* XIII.
*Tertia in solutione facta minori prævio judicis jussu.* XIV.
6. *Pignoris publici et prætorii distractiones: publicum pignus quid sit.* XV.
7. *Rem pro libertate judicatam, aut adversus restitutionem minoris, et id posterius, etsi semel.* XVI.
*Nisi pro in integrum restitutione novas defensiones afferat.* XVII.
*Aut appellet ab utroque sententia, quandiu minor: perpetuo: intra tempora vero a jure statuta major factus.* XVIII.
8. *Hereditatem omissam aut repudiatam, re non integra; si tamen suus heres non sit qui omisit.* XIX.
9. *Etiam modica quantitate excludi in integrum restitutionem: Hoc quale sit exemplis illustratur.* XX.
Secundo *adversus personam minoris ex hoc edicto non admittitur restitutio; esto minor restituatur adversus Vellejanum etiam aut Macedonianum.* XXI.
*Item nec adversus personam parentis aut patroni in iis quæ hi cum filio aut liberto gesserint.* XXII. XXIII.
*Nec tamen illo casu denegatur restitutio minori, cum adversus hos aut horum factum non ille eam petit.* XXIV.
L. si cum pater 2. Cod., si adv. rem jud. *abrogatur per* L. cum apud veteres 2. Cod. qui et adv. quos in integr. restit. non poss. XXV.
*Quid si parens aut patronus dolo quid gesserint cum filio vel liberto.* XXVI.
Tertio *restitutionem hanc excludi per factum minoris triplex (unum ab alio quo ordine distinguatur).* XXVII.
Primum, *quo veniam ætatis impetravit; qui hujus impetrationis; et quæ ad hanc necessaria.* XXVIII.
Secundum, *quo major factus quod minor gesserat, verbis aut facto comprobavit.* XXIX.
*Quando quis gestum in minori ætate facto comprobet; aut secus.* XXX.
Tertium, *cum juravit minor in contrahenda re vel incontinenti nihil se contra facturum: Hoc jusjurandum quale.* XXXI.

I. Atque hæ res sunt de quibus juste dubitari soleat an impediant in integrum restitutionem minoribus, neque impediunt tamen, ut ostendimus: quas ideo prius removeri oportuit, ne quem hic locum inter veras exceptiones occuparent. Quibus remotis, superest veniamus jam ad eas res quæ vere restitutionem hanc minoribus quanvis sua facilitate læsis excludunt. In quo sunt exceptiones ejus auxilii quod ætati ex suis caussis ante constituimus. Et tria genera rerum sunt quæ minoribus etiam sua facilitate ex lubrico ætatis læsis restitutionem in integrum adimunt: totidem earum caussarum in quibus denegatur in integrum restitutio: alias res ipsa, adversus quam in integrum restitutio postulatur; interdum persona ejus adversus quam postulatur; nonnunquam factum minoris.

II. Res adversus quas restitutio postula-

tur, non omnes hanc excludunt; sed eæ quæ aut per se et natura sua non admittunt in integrum restitutionem, aut adversus quas non est æquum restitutionem concedi; quo in numero sunt generibus ipsis circiter ad octo quas ordine breviter exsequar.

III. Primum libertas: adversus hanc cum semel jure data erit, nulla locum habere potest in integrum restitutio, *L.* 3. *C. si adv. lib.* *L. minor.* 48. §. 1. *D. de min.* pro quo Ulpianus dixit adversus libertatem minori a prætore succurri impossibile esse, *L. si ex caussa*, in fin. *D. de min.* Sed cur impossibile, aut cur hic restitutio locum habere non potest? Quia id agitur hac restitutione ut qui liber erat, servus efficiatur invitus. Adversus civem autem Romanum, idest liberum hominem nemo prætor aut judex potest hoc constituere, ut (1) ex libero servum faciat. Certi sunt modi jure constituti quibus quis servus efficitur: in quibus ad hanc mutationem status nihil civi adversus civem quidquam conceditur. Sic autem adversus libertatem nulla restitutio est, ut nihil intersit debita aliquo modo præstita fuerit an indebita, *L.* 1. *C. si adv. lib.* nihil utrum facilitate tantum sua adductus minor libertatem dederit, an vero ipsius etiam servi dolo circumscriptus, *L.* 2. *C. eod.* Et quoniam in judicio liberali in quo quæritur liber quis sit an servus, sententia pro libertate lata liberum facit, *L. ingenuum, D. de stat. hom.* consequens est quod traditur in *L. ult. C. eod.* sententiam in judicio liberali pro libertate latam prærogativa minoris ætatis rescindi non posse, idest minorem adversus eam sententiam in integrum restitui non posse. Consequens ideo, quia isto modo tribueretur in integrum restitutio adversus libertatem sententia superiore constitutam. Negavimus autem in universum minorem adversus libertatem restitui posse. Cui non est contrarium quod scriptum est in *L.* 1. *C. eod.* si cum fideicommissaria libertas adversus minorem peteretur, prætor pronuntiaverit eam deberi; posse minorem adversus eam sententiam in integrum restitui, quo ei eandem litem instaurare liceat. Non enim hac sententia libertas datur vel data confirmatur, sed (2) dandam esse pronuntiatur. Quo fit ut, cum adversus eam sententiam restituetur minor, non possit dici restitutio esse adversus libertatem quæ nondum ulla est.

IV. Plane minorem etiam adversus libertatem quandoque impetrare posse restitutionem placet: sed his conditionibus, dum impetretur restitutio (3) a Principe, et ex magna caussa postuletur: exceptio addita in *L. nisi.* 10. *D. de min.* Principem exigimus: quia ut penes hunc aliarum rerum summa potestas est, ita libertatis, si caussa postulet, revocandæ. Magnam autem caussam sic interpretor, si duo concurrant; scilicet ut et servus dominum in hoc circumscripserit ut se manumitteret, et dominus a manumisso damnum (4) sarcire non possit. Hæc duo conjuncta justam restitutioni caussam adferre sic recte colligemus. Nam in hac circumscriptione omnes concedent semper æquius esse consulere decepto ad rem suam recipiendam, quam decipienti ad lucrum dolo partum retinendum. Solum hic obesse domino potest libertatis datæ favor et prærogativa. Sed si hæc obtendatur a manumisso eaque ille se defendi postulet: juste illi regeretur ex adverso, parum verecunde eum libertatem sibi defendere adversus eum a quo eam dolo suo sit consecutus, frustraque eum implorare in ea re auxilium legum, qui contra eas committit, ut est in *L. auxilium.* in fin. *D. de min.* Illud tenendum libertatem jam datam, ipsam esse quæ restitutionem

(1) Ant. Fab. ad *L.* 9. § *ult. h. t.* ubi quis semel liber factus, quia ad naturalem statum rediit, non potest fieri servus nisi interveniente aliquo modo ex iis qui jure gentium aut civili constituti. Fr. de Caldas *in defini. v. Lexis n.* 158. quia manumissus mutat statum et novus homo efficitur, *L.* 27. §. 1. *de adim. leg.* vid. et Mauric. *Cap.* 249. *et seqq.* qui hoc libertatis favore receptum statuit, et Odd. *P.* 1. *Q.* 5. *Art.* 3. *et* 4.

(2) Ita et alii restitutionem negant contra libertatem concessam et competentem, non contra concedendam et competituram, Azo in *Summa C. d. t.* Duar. ad *d. L. ult.* Caldas *d. loc. n.* 160. et Mauric. *Cap.* 202. restitui minorem contra sententiam quæ libertatem tribuendam declarat. Objic. Atqui sententia qua pronuncietur liber, appellatione rescindi potest, *d. L. ult.* Resp. Ratio differentiæ: In appellatione conqueritur minor de iniquitate sententiæ; in restitutione non item, sed erroris ac simplicitatis venia petitur, cujus prætextu libertas jam competens non rescindenda. Duar. ad *d. L. ult.* Et appellatio rescindit judicatum principaliter, libertatem non nisi per consequentiam. A. Fab. ad *L.* 9. §. *ult. h. t.* aliter Mauric. *Cap.* 250.

(3) Prætor quod jure impossibile est non potest; Princeps potest, quia est supra leges, Ant. Fab. ad *d. L.* 10.

(4) Mauric. *Cap.* 249. *n.* 3 ita si manumissio servi ad eversionem domus minoris pertinet, argum. *L. ult. in fin. de off. præs.* aut si opera manumissi omnino carere nequeat minor, add. Odd. *P.* 2. *Q.* 55. *Artic.* 4.

non admittat. Cum autem major annis viginti servum vendidit ut manumitteretur, sola hæc conventio non impediet restitutionem, si venditor ante manumissionem restitui postulet. *L. verum*, §. 1. *D. de min.* Utcumque autem adversus libertatem cessabit omnis restitutio, sciendum est tamen non continuo rem suam minori domino perire. Damnum enim quod ob eam caussam illatum est sarcire potest aut a curatoribus judicio negotiorum gestorum, si quidem culpa sua servum manumitti aut liberum pronuntiari passi sint nec appellaverint: cautum in *L.* 1. *C. si adv. lib.*; aut a manumisso qui hoc damnum intulit si dolo ejus minor circumventus eum manumiserit: cautum in *L.* 2. *L.* 3. *C. eod.*

V. Proxima in hoc genere libertati est servitus. Ut minor adversus libertatem quam dederit aut quæ eo agente constituta sit restitui non potest, sic nec potest adversus servitutem in quam se facto suo conjecerit. Non dico ob delictum, veluti si libertus adversus patronum ingratus revocatus sit in servitutem; nam hic alia ratione et quidem jure communi impeditur restitutio, eo quod in delictis in universum non succurritur minoribus, ut supra diximus. Sed ita definitio est, ut non possit minor restitui adversus servitutem, etiam si se in eam sua facilitate et levitate ætatis conjecerit, veluti si minor annis viginti quinque, major tamen viginti se in servitutem venire passus sit et pretium participaverit, quo exemplo in hac re veteres utuntur: hoc Ulpianus in *L. si ex caussa*, §. *ult.* D. de minor. *Et hoc merito*, inquit, *quoniam res nec capit restitutionem, cum statum mutat.* Hoc sic accipe, eum statum mutat eo modo de quo nunc agitur, vel cum statum plane mutat ita ut statum habere desinat; quod contingit ei qui ex libero fit servus. Ideo autem tunc res non capit restitutionem, vel (5) quia in eum qui non est non cadit ullius rei restitutio: prius enim esse aliquem oportet, quam dicatur posse restitui. Servi autem jure civili pro nullis habentur. *L. quod attinet*, *D. de reg. jur.* vel quia nisi servus pro præmio libertatem accipiat, ab alio quam a domino suo manumitti non potest. *L.* 4 *C. de his qui a non dom. manum. sunt.* Magistratus autem qui restituere in libertatem volet, idest manumittere, dominus non est.

VI. In eadem caussa non est minor qui extra servitutis caussam se in alienam potestatem contulit, alii se arrogandum dando. *Hic*, inquit Ulpianus, *si in ipsa arrogatione se circumventum dicat: finge enim a prædone hominem locupletem arrogatum: audiri debet in integrum se restituens*, id est se restitui postulans: hoc in *L.* 3. §. *si quis minor*, *D. de min.* Nempe ideo, quia (6) arrogatus nihilominus ejus manet ut ante:

(5) Ita et Mauric. *Cap.* 242. *n.* 3. quia status ex integro mutatur seu tollitur ac perimitur. Quare ei cui nuo est restitutio, dari nequit, Fr. de Caldas ad *l.* 3. *C. h. t. v. hunc contractum n.* 29. Odd. *P.* 2. *Q.* 55. *Art.* 1. *n.* 5. Accedit ea ratio quod in delictis nulla restitutio. Atqui et hic minor servus fit ex delicto in pœnam facti improbi, vid. *supra Lib.* 2. *Cap.* 9. *N.* 13. Servile quippe est et abjecti animi pati se venundari, et turpissimum est mercede et pretio accepto de ea re pacisci, Duar. *ad tit. C. si maj. fact. rat. sub fin.* Quin nec hic distinguendum esset an major 20. annis, nisi distinctionem hanc fecisset ipsum SC. Claudianum quod libertatem eripit, non conventio. *L.* 3. *C. Quib. ad lib. proclam. non lic.* Nec est quod tantopere miretur ac monstri aliquid alere dicat Vasq. 1. *Ill. Contr.* 9. *n.* 11. quod cum minori nec prædium alienare liceat, libertate tamen se abdicare concedatur; cui fere succinit Goth. *ad Nov. Leonis* 59. *lit. l.*. Nam immo indignus est libertate qui ita eam dæstimat, vid. Goed. ad *L.* 3. *de V. S. n.* 37. Et hoc verum esse etiam si pater vel maritus vindicari velit, quasi in sui præjudicium se vendere non potuerit, volt Rebuff. *h. Tr. Artic.* 1. *Gl.* 2. *n.* 19.

(6) Mauric. *Cap.* 242. *n* 3. quia hic non ex integro status mutatur vel omnino extinguitur, vid. idem *Cap.* 227. Odd. *d. Q.* 55. *Art.* 1. Cujac. ad *d. l.* 3. §. 6. *h. t.* et A. Fab. *ibid.* ac ad *L.* 9. §. 4. *h. t.* volunt *d.* §. 4. loqui de statu juris publici, quo salvo arrogatio contigit, *L.* 1. § *capitis* 8 *ad SC. Tertyl.* Alias, inquiunt, res nulla restitutionem capiet, quia cum ea reponat in pristinum statum, non aliquatenus mutato statu fieri nequit. Sed ludunt in homonymia voculæ *status* quæ longe alio sensu sumitur hic, ubi significatur rem quæ integra esse desiit eo reduci; alio, cum arrogatio statum mutare dicitur, scilicet conditionem familiæ etc. Plane A. Fab. ed *d.* §. 6. restitutionem hic fieri vult, non ut arrogatus habeatur pro non arrogato, sed ut arrogator caussa cognita emancipare jubeatur, *L.* 32. et *seq. de adopt.* Quod refellit Caldas ad *L.* 3. *C. h. t. in defin. v. læsis. n.* 84. Nam ubi emancipatio petitur, præsupponitur læsum non esse minorem; sed expedire illi ut sui juris sit, forte quia vult de bonis suis testari. Et tunc jura patriæ potestatis a tempore demum emancipationis finiuntur *L.* 13. *de adopt.* Hic vero arrogatus omnia bona sua translata, quasi nunquam fuisset arrogatus, et sic cum fructibus recuperat. Male vero, quia cum bodie bona arrogati non transeant, ideo cessare restitu-

ut post arrogationem etiam maneat ea persona quæ recipiat in integrum restitutionem. Arrogatus quidem fit arrogatione filiusfamilias, sed et filiifamilias persona eadem omnia recipit quæ et patrisfamilias, non solum ut obligari et conveniri judicio possit, *L. tam ex contractibus, D. de jud. L. filiusfamilias, D. de obligationib. et actionib.* sed etiam ut agere in his quæ patri non acquiruntur: et maxime si de restitutione in integrum in iis rebus agatur, *L. 3. §. ergo, §. si quid minori, D. de minor.*

VII. In eodem genere rerum numerantur nobis tertio loco præscriptiones illæ temporales quas singulari jure placuit non solum currere adversus minores, sed etiam ita currere ut adversus eas impletas denegetur minoribus in integrum restitutio: quas supra quidem attigimus, cum has exciperemus ex numero reliquarum temporalium quas negavimus cedere adversus minores; verum hic proprie cognoscendi locus est, ubi et excipiendi ratio insuper adjicietur. Ex tres sunt. Una est præscriptio sexaginta dierum, quæ post eos dies exactos objicitur marito nunc primum uxorem adulterii accusanti. Hoc tempus marito ad hanc accusationem præstitutum placuit adversus maritum etiam minorem cedere: ac tandem eo exacto, quemadmodum maritus jure communi et verbis legis Juliæ amplius uxorem accusare non potest. [illegible] extraordinario auxilio ætatis consequi posse in integrum restitutionem ut sibi adhuc uxorem accusare liceat: hoc Tryphoninus in *L. auxilium, D de min.* et denegatæ hic in integrum restitutionis rationem reddit. Nam hoc *jus omissum*, inquit, *si repetere vult* (maritus), *quid aliud, quam delicti veniam, id est* (7) *calumniæ deprecatur? et cum neque in delictis, neque calumniatoribus prætorem succurrere oportere certi juris sit, cessabit in integrum restitutio.* Significat Tryphoninus, cum maritus, post exactos sexaginta dies qui illi lege dati erant ad accusandum, uxorem accusare postulat, declarare eum se calumniæ caussa eam accusationem instituere. Nam si hic non calumniatur, cur non agebat intra constitutum tempus, ubi recens dolor etiius accusationem exprimere debebat? Quod si calumniatur et nunc restitutionem ad eam accusationem repetendam postulat, vere dicitur eum nihil aliud quam veniam hujus calumniæ inducendæ sibi concedi postulare. Altera præscriptio est quæ objicitur post quinquennium agenti de statu defuncti. Quinquennio ad eam actionem legibus præfinito, placet et minorem si intra id tempus non egerit, non solum postea agentem jure communi excludi, sed nec ut sibi agere liceat, restitutione in integrum consequi posse, *L. si ma-*

tionem. Nam imo læsio potest considerari in periculo dilapidationis, item malis moribus arrogantis, qui possunt filium corrumpere, Caldas *d. loc.* Cæterum in eadem conditione, ut natura sua restitutionem non recipiat, est matrimonium, cum indissolubile sit. Etsi juvenis cum vetula edentata aut deformi, dives cum inope contraxerit, nullus pœnitentiæ locus, cum et hic quivis pubes pro majore habeatur, vid. Mauric. *Cap.* 245. Gomez. 2. *Resol.* 14. *n.* 2. Odd. *P.* 1. *Q.* 60. *Art.* 1. Caldas ad *L.* 3. *C. h. t.* v. *hunc contractum n.* 29. Mala vero ratio Rebuffi, *Artic.* 1. *Gl.* 2. *n.* 2. quod ubi jus tertio acquisitum, vix locus sit restitutioni, etsi nec festivitas nuptialis nec conjunctio corporum secuta, quæ Canonistis sponsalia de præsenti, Odd. *d. Q.* 60. *Art.* 2. Sed et brutum ac juri Divino adversum videtur statutum Hamburgensium *P.* 2. *Tit.* 11. *Artic.* 7 quod hoc casu ex errore fortunæ, si non ex voto et opinione sponsi satis nummata sponsa reperiatur, diremptionem sponsaliorum de præsenti indulget. Et hoc ita perpetuum ubi de matrimonio vere constat, nec ulla lege contra caveri potest. Ast adversus confessionem matrimonii inconsultam, aut erroneam restitutionem non negant, vid. Caldas ad *L.* 3. *C. h. t.* v. *vel adversarii dolo n.* 11. Mauric. *Cap.* 327. Odd. *d. Q.* 60. Quæ declaranda videntur, nisi ex ipsa confessione contractus connubii inferatur. Quid enim si facta sponsæ præsenti et acceptanti? Utique si maxime antea contractum non sit, saltem ex eo ipso tempore quo confessus est, contractum intelligetur conjugium. Sed et contra sententiam super matrimonio restitutio, Odd. *d. Art.* 9. Nam quo gravior et sanctior res est conjugium, eo agendum circumspectius. Utque vere initum nullatenus dissolvendum; ita pariter cavendum, ne ad ineundum quisquam iniqua judicis sententia compellatur. Accensent his votum monasticum ac religionis ingressum. Odd. *d. Q.* 60. *Art.* 4. Mauric. *Cap.* 246. Adeo ut quidam censeant, etsi minor blanditiis et illecebris inductus, non minus adstringi religioni, nec hujusmodi dolum nocere; cum nec verus ille dolus sit, ac deceptio cesset in eo, qui in feliciorem statum vitam commutat, Fr. de Caldas ad *L* 3. *C. h. t.* v. *hunc contractum n.* 34. vid. Celsus Bargal. *Lib.* 1. *de Dolo Cap.* 8. *n.* 48. *et seq.* et *Lib.* 2. *Cap. de Dolo reipsa num* 70.

(7) Nam cum post 60. dies calumniam metuat maritus æque ut alius accusator, antea vero non nisi evidens sit; qui lapsis 60. diebus petit ut adhuc liceat jure mariti accusare, videtur hoc petere ut impune calumniari liceat. Quæ mens est Jurisconsulti in *d. L.* 37. etsi dissentit Cujac. *ibid.* vid. Ant. Fab. *ibid.*

*ter*, *C. ne de stat. defunct.* Hoc jus in hac specie præscriptionis singulare adversus minorem qui nihil deliquit, expressit favor libertatis. quæ regula juris dicitur esse omnibus rebus favorabilior, *L. libertas omnibus*, *D. de reg. jur.* Tertia præscriptio est triennii quo lis a minore per tutores curatoresve instituta peracta non est. Hoc triennio desidia tutorum vel curatorum transacto, placet minorem caussa cadere, et quidem ea lege ut, quandiu jacturam quam ex ea re passus est sarcire poterit a tutoribus aut curatoribus, (8) denegetur ei adversus eum cum quo lis erat, in integrum restitutio: alioqui contra constitutum a Justiniano in *L. properandum*, *§. ult. C. de jud.* Jus et hic singulare præter regulam communem traditam in *L. 3. C. si tutor vel cur. inter.* constitutum bono publico ut sit aliquis litium finis *L. ult D. pro suo.*

VIII. Quarto præcipue restitutionem in integrum non recipiunt executiones pœnarum omissæ: de quibus sic Tryphonini definitio est in *L. auxilium*, *D.* de min. *auxilium in integrum restitutionis exsecutionibus pœnarum paratum non est: ideoque injuriarum judicium semel omissum repeti non potest.* Executiones pœnarum vocat pœnarum persecutiones privatis constitutas. Nam in persecutione alicujus rei continetur executio obligationis et juris ejus quod ad eam rem obtinendam constitutum habemus: sic dicta executio obligationis in *L. in executione*, *D. de verbor. obligationib.* sic publica executio in *L. prætor*, 7. §. 1. *D. de injur.* His executionibus, inquit, auxilium in integrum restitutionis paratum non est. Hoc sic (9) accipe, si semel hæ persecutiones a minore omissæ remissæve sint, ut adversus amissas auxilium in integrum restitutionis postulet. Indicat Tryphoninus, cum subjicit injuriarum judicium repeti non posse, sed prius semel omissum. Sed et verbum ipsum auxilii in integrum restitutionis quo utitur, satis declarat: cum in re non amissa frustra tractetur de in integrum restitutione quæ nihil nisi amissæ rei vel caussæ redintegratio est, *L. 2. C. in quib. caus. in int. rest. non est nec.* Et ideo quod in aliis quibusdam exemplaribus quam Florentinis legitur *auxilium in integrum restitutionis in* (10) *exemptionibus pœnarum paratum* non esse, non minus rectum est, atque haud scio, an melius. Nam et eandem sententiam habet quam modo dixi, cum eximere pœnam nihil aliud sit quam pœnæ persecutionem omittere: et hanc ipsam sententiam dilucide exprimit, quæ in superiore lectione magis conjectura et ratiocinatione, quam si et significatione verborum intelligitur. Sic autem proprie omittuntur a minore pœnarum persecutiones, si intra tempora constituta eas non exsequatur. Sic remittuntur jure ipso utiliter, si pupillus remittat tutoris auctoritate, adolescens curatorem habens remittat auctoritate curatoris, aut qui curatorem non habet, per se remittat solus. Nam nec pupillus sine tutoris auctoritate unquam, nec adolescens qui curatorem habet, sine curatoris auctoritate deteriorem conditionem suam facere possunt: qui curatorem non habet adolescens potest, *Inst. de auct. tut.* *L. 3. C. de in int. rest. min.* Hoc modo amissis ipso jure persecutionibus pœnarum quæ minori quæsitæ erant, placet etiam ei ex hac parte edicti amitti, ut denegetur ei in integrum restitutio ad eas repetendas. Denegandi caussa hæc est, quod pœnæ persecutio repeti per in integrum restitutionem a minore, nisi aut malitiose aut turpiter, non potest.

IX. Id pœnarum genera facilius ostendent. Earum genera sunt tria. Quædam sunt quæ ad vindictam publicam tantum

(8) Mudæ. *ad L. ult. C. si tut. vel cur.* Hoc ad vigorem judiciorum constitutum, ut vel proprio dispendio discerent tutores et curatores tempora ad hoc statuta observare. Aliter Gilken *de Præscript. P. 3. Cap.* 1. *n.* 103.

(9) Male Cujac. *d. loc.* ubi pacto amissa actio, injuriarum dari restitutionem, quod L loquatur de omissa actione, non de amissa. Nam immo ma or ratio denegandi, si expresse repudiavit, quam si tacite. Et improbior qui adversus propriam conventionem restitui vult, quam qui adversus solam negligentiam, Ant. Fab. *ad d. L.* 37. add. Odd. *P.* 2. *Quæst.* 85. *Art.* 7. Quid si de injuria minori illata tutor seu curator pactus: vid. Mauric. *Cap.* 151.

(10) Haloand. *ibid.* reposuit *in exceptionibus*, quod reprobat Duar. *ad tit. C. si adv. delict. f.* 105. Desertio vero accusationis minori non nocet, *L.* 1. §. 10. *in fin. ad SC. Turpil.* Unde Accurs. minorem restitui si relaxationem pœnæ postulat. Non apte ait Ant. Fab. *ad L.* 37. Nam ibi minor ipso jure tutus ne incidat in SC. Turpilianum. Sed nec apte objicitur, *L.* 1. *ad L. Jul. de ambitu.* Nam et ibi non restitutio prætoria est, sed præmium legis, Cujac. *ad d. L.* 37. Pac. 3 *Quæst.* 6. Quare nec adversus omissam probationem in accusationibus restituetur, Gutierr. *Lib.* 1. *Pract. Q.* 70. *n.* 1. etsi contra velit Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 11. *n.* 5. licet ad objicienda vitia adversus testes restituatur, quando caussæ perdendæ alias periculum est, Gutierr. *Lib.* 1. *Prac. Q.* 65.

pertinent, quales versantur in criminalibus judiciis quibus scilicet aut pœna corporalis infligitur, aut bonorum amissio irrogatur ita ut inde ad privatum nihil redeat, sed totum addicatur fisco. Harum quidem pœnarum exsecutiones quæ in accusatione consistunt, a minoribus semel omissæ, aperte in ea caussa sunt ut nisi turpiter et malitiose ab his per in integrum restitutionem repeti non possint. Nam hoc constat, ut id fiat eorum nihil interesse, tantumque ab illis id agi, non ut sibi prosint ad quos ex ea accusatione nihil nisi molestia persecutionis reditura est, sed ut reo molestiam et periculum damnationis creent. Quodcumque ejusmodi desiderium nostrum est, quo petimus id concedi quod concessum nobis nihil prosit, adversario noceat; id tanquam iniquum et malitiosum jura aversantur negantque hujusmodi malitiis indulgeri oportere, *L. in fundo, D. de rei vindic.* Quod si in majoribus recipimus, non minus in minoribus recipiendum est, quos in delictis et malitia constat ætatis suffragio non adjuvari, *L.* 1. §. 2. *C. si adv. del. L.* 3. *C. si minor se major. dix.* Et Tryphoninum, ut in hac specie denegarit minori in integrum restitutionem, ista ratione motum apparet in *d. L. auxilium.* Sunt aliæ quædam pœnæ pecuniariæ quidem et civiles, quæque ad privatum actorem redeant: sed incertæ ab initio ut superiores, exitu quoque, solius item vindictæ caussa comparatæ, qualis est pœna civilis injuriarum. Nam in hac actione licet omnia ista observare, ut declaratur in §. *pœna, Inst. de injur. L. ait prætor* 7. §. 1. *D. eod.* Et de hac quoque diserte Tryphoninus scribit, injuriarum judicium omissum repeti non posse. Non dubium quin ideo, quod minor hanc repetitionem sibi concedi postulans, in eandem illam reprehensionem incidat propter quam illum ab accusatione omissa repetenda arceri ante diximus. Non enim ideo injuriæ persecutionem repetit ut quid suum consequatur qui de suo nihil amisit; sed ut adversarium ulciscatur pœna injuriæ ab eo exacta, id est ut adversario ea pœna malefaciat. Nihil ad rem pertinet quod persequitur privatam pœnam quæ illius patrimonium auctura sit. Non enim hanc persequitor istius lucri caussa. (11) sed vindictæ: cujus spes si abesset, omnino non ageret injuriarum. Alioqui esset turpissimus qui ex læsa existimatione lucrum quæreret. Dici et illud potest eum qui omissum injuriarum judicium repetat, non veterem injuriam persequi, sed adversus eum cum quo agit instituere novam. Nam vetus actio injuriarum seu omissione seu remissione ipso jure sublata est, *L. si tibi*, §. 1. *D. de pact.* Ad hanc reparandam restitutio prætoris est inutilis: propterea quod, ut recte Paulus ait, injuriarum actio non ex pacto aut alio facto quod postea secutum sit nascitur, sed ex contumelia: at hæc post priorem illam omissionem nulla nata est, *L. si unus*, §. *pactus, D. de pac.*

X. Est et tertium genus, ejus pœnæ videlicet quæ et ipsa pecuniaria est et civilis et privato actori data, sed certa ei constituta ab initio, nasciturque ex eo quod quid privato ademptum est. Hujus generis est pœna furti dupli et quadrupli, quæ statim ab initio ista quantitate certa datur ei cui furtum factum est. De hoc genere paulo plus est dubitationis, cum quæritur an, hoc omisso, restitui minor possit adversus hanc

(11) Et in lucro non restituitur minor, si id in damnum alterius vergat. Odd. *P.* 2. *Q.* 89. *Art.* 3. *n.* 22. Jo. Petr. Surd. *Decis.* 99. *n.* 19. *et* 20. qui hinc infert minorem consentientem secundis matris nuptiis, indeque perdentem beneficium *L. fœmina. C. de sec. nupt.* non restitui. Et generale est, cujus non interest ex honesta caussa, ejus nec interesse quidquam videtur, *L.* 11. *et seq. de furt.* Non vero interest minoris si sævientis animo non satisfiat, cum ad rem familiarem non pertineat *L.* 6. *in fin. de sep. viol.* Nec quid indignius est bono viro quam deletam et obliteratam injuriam ad animum revocare. Ant. Fab. ad *d. L.* 37. Fr. de Caldas *in defint. v. læsis. n.* 18. Injuriarum, ait, actio in bonis non esse dicitur. vid. *supra Lib.* 19. *Cap.* 1. *n.* 8. *sub fin.* Satisque est minorem nullam pati jacturam patrimonii. Nec subdit honoris hic habenda ratio, quasi ejus detrimentum incurrerit hac remissione, quia præstantis et heroici animi est injuriam remittere. Sed hæc animum non explent. Scitum enim est veterem ferendo injuriam invitari novam; et ingenui ac constantis animi est honori suo consulere, quem qui negligit, crudelis dicitur. Unde aliter respondet Mauric. *Cap.* 150. quod honor hic spectari non debeat, quia persecutio annexam habeat vindictam, et quia satis honori suo caverit minor eo ipso, dum petendo restitutionem, etsi sine spe obtinendi, animum suum vindicandi honoris sui declaraverit. Sed Odd. *P.* 2. *Q.* 89. *Art.* 3. *n.* 22. ad hoc ita respondet: quia judicium injuriarum datur ad id quod interest juxta æstimationem injuriæ; non autem ad hoc ut qui verbis vel factis honorem læsit, aliquid contra dicat vel faciat ut notam illam eluat. Cui consequens videtur, actione ad Palinodiam omissa vel remissa, restitutionem concedendam esse. Quod rationis esse puto.

omissionem. Posse enim dixeris, sive quod in hac remissione amittit actiones pecuniarias quas ante certas sibi constitutas habuit, sive quodut minimum amittit lucrum quod his actionibus experiundo consequi potuit. Sed Tryphonini definitio superior generalis est omnes pœnas complectens, ut has quoque posteriores in eam definitionem includi oporteat. Nam quod postea Tryphoninus in *ead. L. auxilium* certas quasdam species pœnarum enumerat ad id genus pertinentes, non ideo facit quasi velit definitionem in his paucis consistere, sed exemplis utitur quibus regulam explicet, quam scimus exemplis non restringi, *L.* 1. §. *quod vulgo, D. unde vi;* quo modo et Bartolus (12) recte accepit. Et ratio facit ut hic quoque, pariter ut in superioribus pœnis, in integrum restitutio minori denegari debeat. Nam et hic repetit minor pœnam non tam lucri sui caussa quam furti vindicandi. Et ut hic aliquod lucrum suum quærat: tamen id lucrum, postquam ab eo adversus fidem et remissionem ejus captatur, turpe esse incipit. Ad id obtinendum in integrum restitutio concedi non debet, sive quod turpis rei caussa turpiter petitur, sive quod turpis lucri nulla ratio habenda est. Argumentum in *L. Proculus, D. de dam. inf.* Ubi pro lucro non habetur id lucrum quod quis ante faciebat ex re aliena non repugnante domino, simul atque id invito domino captari incipit: scilicet quia quod prius jure capiebatur, incipit mutata domini voluntate injustum fieri. Sed et quod de injuriarum actione semel remissa prius diximus, id et de actione furti remissa recte poterit usurpari. Ut enim injuriarum actio per pactum ipso jure tollitur, sic et furti, *L. si tibi,* §. 1. *D. de pact.* Frustra ergo, certe non sine injuria adversarii; postulatur in integrum restitutio ad furti actionem repetendam, cum non ex restitutione prætoris nascatur, sed ex furto quod nullum postea ab adversario secutum est. Nam quod dicitur etiam in lucro minoribus subveniri, *L. ait.* §. *hodie, D. de minor.* de non inhonesto lucro accipiendum est, non de turpi, quale hoc est quod hic petitur, cujus nullam æstimationem esse ante diximus. Ne illud quidem nos movebit quod minor in hac actione furti remittenda non lucrum tantum omittit incertum, sed actionem rei certæ quam jam jure sibi quæsitam habebat, amittit: quo maxime nomine in integrum restitutionem competere constat, *L. non omnia, D. de minorib.* Nam si unaquæque actio ex eo æstimanda est quod actione continetur, tantumque quisque actione sibi quæsita habere in bonis intelligitur quantum ea actione consequi potest: in actione furti habenda non res propria patrimonii nostri versatur, sed lucrum dumtaxat quod ex re alterius per caussam furti ab eo facti captamus. Quo posito, illuc redeo quod ante dixi: cum post remissam a minore furti actionem id lucrum ab eo repetitum turpe fieri incipiat, non esse eo nomine illi in integrum restitutionem tribuendam. Vere igitur definiemus in universum, adversus persecutiones pœnarum semel jure omissas, qualescumque pœnæ sint, sive criminales sive civiles et pecuniariæ cujuscumque generis, nullam esse minoribus in integrum restitutionem.

XI. Quinto in eadem caussa habentur nonnullæ solutiones quibus factum sit ut debitor minoris solvens quod debebat, ipso jure liberaretur. Nam alioqui debitore per solutionem ipso jure non liberato, de in integrum restitutione quærendum non est, utpote minori non necessaria, *L. in caussæ,* 16. *D. de minor.* Ut autem debitor minoris solutione liberetur ipso jure, contingit his modis, cum aut tutori curatorive minoris solutum est, aut minori ipsi horum auctoritate, aut sine cujusquam auctoritate minori et qui curatorem non habuit. Nam et tutores ac curatores in rerum administratione pro dominis habentur, *L. tutor qui tutelam, D. de adm. tutor.* et cum minoribus adhibita tutoris vel curatoris auctoritate quidvis recte geritur, *L. in negotiis, D. de reg. juris.* Et adolescens curatorem non habens per se solus omnia recte gerit, etiam ut obligetur, *L.* 3. *C. de in integr. restitut. minor.* Sed quamvis ita solvens minoris debitor liberetur ipso jure, tamen si ea solutione læsus sit dum pecuniam solutam postea male consumit aut perdit, placet etiam adversus hanc solutionem in integrum restitui posse; de quo superiore capite diximus, *L.* 1. *C. si adv. solut.* Hic solutionum species tres exceptæ, quas et ipsas ibidem attigimus: nunc singularum exceptionum rationem breviter expediam.

(12) Et Duar. *ad tit. C. si adv. del. fol.* 105. *per L.* 7. *in fin. de serv. export.* Aliud est in pœnis conventionalibus. Nam *d. L.* 37. agit de delictis solum, Duar. *d. loc.* et Ant. Fab. ad *d. L.* 37., quia ad rem familiarem pertinet, non ad meram ultionem. Et ut plurimum habent vicem ejus quod interest, *L. ult. de præt. stip. et simul.*

XII. Prima species versatur in reditibus et pensionibus annuis. His tutori vel curatori solutis, debitor minoris statim liberatur et sine alia sententia judicis consequitur plenissimam securitatem: quo ipso et minori adimitur omnis in integrum restitutio: effectum constitutione Justiniani, *L. sancimus. 1. C. de adm. tut.* Et recte receptum in hac specie. Nam in his reditibus debitorem isto modo plene liberari, nec exspectari sententiam judicis qua jubeatur debitor hos reditus solvere, ipsorum vel maxime interest. Sunt enim hi reditus fere ejusmodi in quibus consistat victus et alimenta minorum. Expedit igitur minoribus horum redituum solutionem non differri, ut sit semper unde minores ali possint. Afferetur autem huic solutioni mora, si debitor non aliter secure solvat quam si sententia judicis jussus solverit. Sic enim semper solutionem differet, donec ad judicem ventum sit et ille pronuntiaverit rem solvi debere. Hæc mora cum sit minori damnosa, recte ejus moræ caussa præcisa est, dum constituitur ad plenissimam securitatem solutionis non esse necesse sententiam judicis exspectari. Adde quod in his reditibus cum particulatim solvuntur, de exiguis summis agi solet: quarum in singulis judicem intervenire non fit sine magna molestia, interdum et damno cum minorum tum debitorum.

XIII. Altera species exceptæ solutionis est fideicommissariæ hereditatis restitutio. Hereditatem scriptus heres si jussus est minori restituere, et illi tutore aut curatore auctore restituit: etiam hic Justiniani constitutio est, qua jubet heredem consequi plenissimam securitatem, *L. penul.* in princip. *C. ad Treb.* Æquissime constitutum. quoniam hoc casu minoris nihil interest in integrum restitui adversus heredem qui hereditatem restituit. Nam si hereditas lucrosa est, aperte nihil ejus interest. Si damnosa propter æs alienum, potest adversus creditores hereditarios a quibus convenitur, restitui: non debet adversus heredem a quo nihil est quod sibi metuat Sed et lædi aut inquietari eo nomine heredem scriptum eo iniquius est, quod heres fideicommissum restituendo fidem implevit, dum voluntati defuncti paruit.

XIV. Tertia species est solutionis omnium rerum, quæ solvuntur minori, aut tutori curatorive ejus ex sententia et jussu judicis. Adversus solutionem quam sententia et jussus judicis præcessit nulla est in integrum restitutio minoribus, quisquis erit eventus pecuniæ solutæ: cautum, *d. L. sancimus. 1 C. de adm. tutor.* §. *ultim. Institut. quib. alien. licet.* Adjecimus superiore capite non procul a fine adeo id verum esse, ut quamvis debitor a judice jussus minori soli solverit; si tamen cum is allegaret minorem esse eum a quo conveniebatur, nihilominus compulsus sit a judice solvere, æque is solvendo sine metu in integrum restitutionis liberetur: quia nihil sit hoc casu quod imputetur ei qui ita solverit, sententia Ulpiani in *L. ait.* Et recte esset iniquissimum quemquam affici damno ex ea re quam invitus jure facere cogitur: neque vero id jus concedit, *L. 4. L. apud.* §. *ultim. D. ad Treb.* Coactus autem, ut dixi, facit qui sententia judicis jussus judici obtemperat, quia parere habuit necesse, *L. 4.* §. *1. D. de re jud. C. quod quis mandato, de reg. jur. in VI.*

XV. Sexto, eodem jure sunt et quædam pignorum distractiones suis tamen conditionibus. In his species duæ, una pignoris prætorii quod ex caussa judicati captum sit, de quibus etiam supra sparsim ut quisque locus occurrebat nonnihil attigimus. Publicum pignus nunc voco, prædia publici pensitationibus obnoxia, quæ ob id fisco pignoris jure teneantur ut conveniri possint; et nisi tributa et similia onera publica pensitantur, possint prædia distrahi: quod jus indicatur in *L. 1. D. si prop. publ. pens. L. Imperator, D. de publican.* De his ergo ita jus est. Res minorum si ob publicas pensitationes non solutas a fisco distractæ sint, si modo et cessantibus minoribus eorumque tutoribus aut curatoribus et solemniter sint distractæ, in ea caussa est venditio ut revocari non possit, ac ne minor quidem adversus eam (13) restitui, *L. 1. L. 2. C. si propt. pub. pens. L. 1. L. ultim. C. si ad fisc. L. 2. L. ult. C. de fid. institut. et jur. hast. fis. Lib. 10.* Id et publica utilitas exigit quæ maxime his pensitationibus continetur; et præterea hastæ fiscalis fides quæ, ut est in *L. si hypothecas, C. de remis. pig.* facile convelli non debet. Pignora autem ex caussa judicati capta adversus minorem condemnatum

(13) Elbert. Leonin. 3. *Emend.* 3. *n.* 15. ratio, inquit, hic non in solemnitate et firmitudine hastæ fiscalis; nam et contra pignoris venditionem restitutio, ad quam ut perveniatur multis solemnibus opus est: sed quia de debito publico et favorabili agitur cui res ipsa obnoxia est *L. 7. de publican.*

et solemni more distracta, cum pecunia judicati non solveretur, et ipsa in ea caussa sunt ut nec a minore per in integrum restitutionem revocari possint, nisi minor magno et enormi damno ex ea venditione affectus sit, *L. 1. C. si adv. vend. pig. L. si ex caussa*, in prin. *D. de min.* de qua specie satis supra a me dictum est, cum in minore læso hoc quæreremus quantum damnum esse oporteret, propter quod læsus minor possit desiderare in integrum restitutionem.

XVI. Septimo, interdum et res adversus minorem judicata restitutionem excludit. Quod duabus in caussis accidit: in re pro libertate judicata, et re semel judicata adversus in integrum restitutionem. Sententia pro libertate dicta, non qua pronuntietur libertatem dandam esse, sed libertatem competere, idest liberum esse eum qui servus dicebatur; hæc, inquam, sententia, ut superiore capite diximus, jus facit ut qui liber pronuntiatus est sit liber, atque adeo fiat liber si prius non fuerit, *L. ingenuum, D. de stat. hom.* Quo efficitur id quod traditur in *L. ult. C. si adversus lib.* hujusmodi sententiam sine appellatione nec prærogativa minoris talis rescindi posse; ne scilicet rescindatur et libertas adversus quam nulla est restitutio. In caussa quoque restitutionis in integrum, si cum ea postulata esset a minore, res adversus eum judicata sit, denegata ei restitutione; placet minorem victum frustra adversus eam sententiam iterum in integrum restitutionem (14) desiderare, *L. 1. C. si sæp in integ. rest. post.* Idque est quod dicitur, sæpius in integrum restitutionem de eadem re postulari non posse, in quæ verba est ille Titulus, *C. si sæp. in integ. restit. post.* et, in una eademque iteratum in integrum restitutionis auxilium non jure posci, quæ definitio est *L. ult. D. eod. tit.*

XVII. Sed additur hæc exceptio, nisi novæ defensiones in posteriore postulatione afferantur, propter quas minor de eadem re in integrum restitui iterum postulet, *L. 2. L. ultim. C. eod.* Et recte: sic enim fit ut non videatur postulari restitutio sæpius de eadem re, quoniam diversæ agendi caussæ diversas res constituunt, *L. et an eadem, D. de re jud.*

XVIII. Hoc igitur superest minori, cui semel in integrum restitutio denegata est, ut si vult sententiam sibi non nocere, appellet: quod est remedium adversus iniquitatem sententiæ omnibus proditum, *L. 1. D. de app.* Quid ergo si minor non appellet intra tempora constituta? Placebat olim etiam minorem jure ipso ab appellatione excludi, atque ita præscriptionem temporalem quæ intra tempus non appellanti objicitur, adversus eum currere. Sed et illud placebat eum in integrum restitui posse ad appellandum, ut quod negligentia sua aut imperitia sua amiserat, id ei restitueretur, sed solum: quod jus exstat in *L. 1. C. si sæp. in integ. rest. post.* Hodie cum ita Justinianus constituerit præscriptiones in universum adversus minores ipso jure non currere, in quibus caussis vetera jura concedebant eas adversus minores currere, per in integrum autem restitutionem eis subveniebant, *L. ult. C. in quib. caus. in integ. restit. necess. non est.* et appareat superiorem præscriptionem in eo numero esse: intelligemus jus de ea superius esse emendatum, et minori rem huc redire ut, denegata ei per sententiam in integrum restitutione, quandiu minor est, jus habeat ab ea sententia appellandi, neque tempore appellationi præstituto excludatur. Solum hoc tempus adversus eum cedere incipiet ex quo major annis factus erit. Itaque tum providebit ut appellet: quod nisi facit, pariter et ab appellatione et ab in integrum restitutione excluditur.

XIX. Octavo, etiam hæc species hereditatis repudiatæ in integrum restitutionem non admittit. Nam si minor delatam sibi hereditatem omiserit vel repudiaverit, eamque substitutus aut sequens heres adierit: de hac specie ita scriptum est in *L. quod si minor, §. Scevola, D. de min.* ut si quidem adhuc omnia in integro sint, minor

(14) Alias res abiret in infinitum, ac modus restitutionis nullus esset. Duar. *ad d. t. C. si sæpius.* Non obstat, *L. 7. §. 9. h. t.* Loquitur enim non de eo cui negata restitutio, sed qui obtinuit eam et deinde pœnituit, ubi quasi contra restitutionem restituitur, vid. *supra Cap. præced. sub fin.* Et pertinere hoc quoque ad restitutiones majorum vult Mudæ. *ad d. t. C.* Quia ratio, ait, communis quod beneficium restitutionis per se debilius quam ut pluries in eadem caussa peti possit. Siculi enim actiones prætoriæ, non perpetuæ ut civiles, sed annales ferme; ita et has restitutiones voluit prætor restringere non tempore solum sed et numero. Novæ autem defensiones, etiam quæ suberant tempore petitæ restitutionis tunc non propositæ, Mudæ. ad *L. 2. et 3. C. d. tit.* Quia hic contra omissionem allegationis restitutio, Caldas *in definit. v. implorandum n. 35.* qui hac de re fusius *n. 31. et seqq.* et Manric. *Cap. 131. et seq. et C. 257. et seqq.* Odd. *P. 1. Q. 16.*

in integrum restitutionem postulans omnimodo audiendus sit: si vero, jam distracta hereditate et negotiis finitis, ad paratam laboribus sequentis heredis pecuniam veniat, sit repellendus. Hoc tamen ita, nisi qui omisit hereditatem sit ex suis heredibus. Huic enim, si forte adhuc eo in minori ætate constituto res venditæ sint, Justinianus in integrum restitutionem dedit, in *L. ult.* in fin. *C. de repud. hered.*

XX. Nono et postremo, ipsa quantitas rei propter quam in integrum restitutio postulatur, interdum hanc ipsam excludit. Id receptum est cum ob minimam rem vel summam postulat minor in integrum restitui ita ut majori rei vel summæ præjudicetur. Exstat definitio in hæc verba in *L. scio, D. de in integr. rest.* Exempla hæc sunt, ut recte eum locum accepisse mihi videtur (15) Accursius. Grex minori venditus est pretio in universa capita constituto. Reperiuntur in eo grege duo aut tria capita morbosa. Hæc sola redhibere postulat minor, et alia idonea aut idoneorum trium pretium recipere, retentis cæteris capitibus. Hoc si postularet major annis, non audiretur nisi totus grex redhiberetur, quia una venditio est, et venditor una capita sine aliis venditurus non esset. *L. cum ejusdem, D. de evict.* Sic fit ut et minor emptor isto jure, quod jus commune est, excludatur. Quæritur ergo an jure communi exclusus, recte restitui desideret, ut capita ista tria sola redhibeantur. Dicemus non audiendum qui ob minimas istas res restitui postulans emptioni totius gregis præjudicium faciat; dum eam ex parte rescindi vult quæ aut tota rescindi debuit aut tota valere. Item latifundium minori venditum est, in quo variæ partes fuerunt, ut agri, prata, silvæ, vineta, saliceta, et totum latifundium venditum pretio in singulas partes constituto; sic tamen, ut venditor unam sine alia venditurus non esset, aut minor non esset empturus. Est in his partibus aliqua quæ pluris vendita est justo pretio, ac propter eam summam se minor restitui postulat ut, ea parte reddita, pretium quod pro ea dedit recipiat. Negabimus ei in integrum restitutionem dandam; quia ob minimam summam restitui velit ita ut præjudicet venditioni totius fundi qui, nisi omnibus partibus simul emptis, venditus non esset. Ac tot sunt species rerum quæ restitutionem excludunt minoribus, quanvis in his maxime proponantur solo errore aut infirmitate ætatis læsi.

XXI. Est, ut dixi, interdum cum hanc excludat persona ejus adversus quem postulatur restitutio. In hoc munere tres sunt, minor, parens, patronus, patronave. Minori læso adversus minorem læsum nulla in integrum restitutio est. Verbi gratia, inquit Ulpianus: *minor minori pecuniam dedit et ille perdidit; melior est caussa, secundum Pomponium, ejus qui accepit, et vel dilapidavit vel perdidit:* hoc ille in *L. verum, §. penult. D. de minor.* congruit *L. si minor,* 34. *eod.* Nempe hoc est: læsus est uterque in hac specie: qui pecuniam dedit, id amittendo quod habuit; qui accepit, sese obligando ei oneri quod non suscipere licuit, nec locupletior inde factus est, *L. non omnia, D. de minor.* Sed melior est caussa ejus qui accepit: quippe is in hac specie reus est a quo pecunia repetitur. Semper autem in pari caussa potior est caussa possidentis et ejus cum quo agitur. (16) *L. in pari, L. favorabiliores, D. de regu. jur. L. si servum, § sequitur,* in fin. *D. de verb. oblig.* Id autem procedet hoc modo. Nam qui pecuniam dedit eam repetet ab eo qui accepit: et recte repetet jure communi, quia repetet ab obligato. Hic conventus si se teneri non vult, necesse habet petere in integrum restitutionem, ut obligatione qua se obstrinxerat liberetur. Finge petiisse. Eveniet jam ut qui pecuniam dedit, si se adversus hanc postulationem tueri velit, necesse habeat contra et ipse in integrum restitutionem postulare, ut sibi petere liceat quod sine in integrum restitutione petere non potuit ab eo qui beneficio prætoris nihil debuit. In hoc conflictu hoc dicimus potiorem futurum eum a quo pecunia petitur quam amisit, ut actori adversus hunc nulla sit restitutio in integrum. Sed sola est ætas ejus cum quo agitur, quæ minori adversus hunc agenti in integrum restitu-

(15) Et Baro ad *d. L.* 4. ac Fr. de Caldas *in defint. v. læsus n.* 79. si, pluribus rebus venditis, læsio in una tantum eaque parva habito respectu ad rem vel quantitatem amittendam, si a toto contractu discedatur, vid. *supra Cap.* 9. *n.* 12. *N.* 11.

(16) *L.* 6. *princ. de excus. tut.* Secus si unus solus captus vel de damno certet, *d. §. pen.* Caldas *in defin. v. læsis n.* 169. Neque tunc obstat regula privilegiatus contra privilegiatum etc. nam minor qua minor, nisi etiam læsus sit, non habet hoc privilegium. Ergo inspiciendum uter sit captus, quia is solus privilegiatus. Ant. Fab. ad *d. L.* 11, *§. pen.* add. Odd. *P.* 1. *Q.* 18. *Art.* 4. *et seqq.*

tionem excludit. Quodvis aliud beneficium rei quo fit ut is jure communi non teneatur, non excludet. Duo sunt qui hujusmodi beneficium jure proditum habent: filiusfamilias in pecunia sibi credita, ex senatusconsulto Macedoniano; et mulier pro alio intercedens, ex senatusconsulto Vellejano. Dederit ergo minor mutuam pecuniam filiofamilias. Si filiusfamilias conventus exceptione senatusconsulti utatur, recte minor postulabit in integrum restitui adversus exceptionem, ut hic (17) magis ætatis, quam senatusconsulti ratio habeatur: hoc in *d. L. verum, §. ult. D. de min.* Idem placet, si mulier pro debitore minoris apud minorem intercesserit, translata in se per novationem debitoris obligatione. Hic si vetus debitor solvendo est, non datur minori in mulierem actio, quia hoc casu res minori salva est, cui in priorem illum debitorem jure communi actio restituitur. Quod si is delator solvendo non est, mulier non utetur auxilio senatusconsulti: parata scilicet ei in integrum restitutione adversus exceptionem senatusconsulto comparatam; hoc in *L. si apud,* 12. *D. de min.*

XXII. De parentibus et patronis exstat Justiniani constitutio in *L. ult. C. qui et adv. quos in integr. restit. non poss.* qua, rejectis in hac re veterum variis distinctionibus de in integrum restitutione adversus hos danda, sine exceptione cavet in hæc verba: *ut maneat in omnibus honor parentibus et patrono vel patronæ illibatus atque intactus, sancimus nullo modo neque adversus parentes utriusque sexus; neque adversus patronum vel patronam dari restitutionem;* et addit rationem: *nam personarum reverentia,* inquit, *omnem eis excludit restitutionem; cum procul dubio sit etiam ipsas personas cavere ne quid suæ opinioni contrarium exsistat.* Quæ pars constitutionis etsi per se satis aperte omnem in integrum restitutionem liberis et libertis sine ulla exceptione adimit: tamen Justinianus varias distinctiones veterum quas præmiserat in hac re removens, multo apertius declarat hoc se sentire, sic se minoribus adversus parentes vel patronum denegare in integrum restitutionem, non solum si minor se dicat circumscriptum dolo patroni, quæ intentio aperte existimationem eorum lædit; sed etiam si dolum omnem a patre vel patrono removens solum se sua simplicitate captum esse dicat: nam hac conditione quidam ex veteribus minori adversus superiores personas restitutionem dabant. Quod Justinianus repudians declarat se in hunc quoque casum restitutionem adversus parentem et patronum denegare. Et recte: est enim et hoc hujusmodi, quo lædatur non parum eorum existimatio violeturque reverentia ipsis debita. Nam si ignoravit pater errare filium et lædi ubi manifesta læsio est, arguitur pater stultitiæ et imperitiæ: si scivit et dissimulavit, arguitur manifestæ improbitatis, qui sciens prudens passus sit filium decipi et in damnum incidere cui potius consulere, a quo omnem injuriam atque adeo omnem offensionem arcere debebat. Declarat et illud Justinianus nihil interesse utrum exigua in re se læsum esse minor dicat, an magna: nihil utrum patris patronive honesta persona sit, an vilis. Nam et hæc erant in hac re quorumdam veterum distinctiones: quas ille removens ostendit, nec si magna et insignis læsio esse dicetur, nec si patris vilis sit persona, eo magis se concedere minori in integrum restitutionem. Recte hoc quoque; nam quo majore damno affectus esse dicitur a patre vel patrono minor, eo crimen intenditur gravius: quo etiam magis læditur eorum existimatio. Qualescumque autem parentes sint, semper parentes sunt tamen: *una est* autem, inquit Paulus, *omnibus parentibus servanda reverentia,* L. parentes, *D. de in jus voc.* Ita in summa adversus parentes, patronum, patronam sine exceptione in integrum restitutionem dari vetat.

XXIII. Etsi autem cum ad hanc sanctionem ventum est, Justinianus nihil adjicit; tamen intelligendum omnino est hoc sic accipiendum esse, dummodo adversus hos in integrum restitutio postuletur in ea re quam cum filio aut libertis gesserint, seu in qua cum filio aut libertis versati sint. Desunt quidem verba: sed hanc sententiam esse Justiniani et quæstio ab eo proposita, et ratio sanctioni subjecta satis probat. Quæstio hæc fuit: *apud veteres,* inquit, *dubitabatur an liberi parentes suos, vel liberti patronos in querimoniam deducere possent, quasi non rite in eos versatos.* Cumque præmisisset quæ de eo veterum sententiæ essent, tandem his repudiatis, subjecit

(17) Quia SC. non tam in favorem filiifamilias quam odium creditorum. Duar. *h. t. D. fol.* 87. *sub. fin.* Et ætatis favor habet æquitatem naturalem, *L.* 1. *h. t.* Senatusconsulti civilem. Nec peccat minor contra SC. credens filiofamilias, quia jus civile impune ignorat, Ant. Fab. ad *d. L.* 11. §. *ult.* add. Odd. *P.* 1. *Q.* 18. *Artic.* 7.

quid sibi placeret, his verbis: *sed sancimus nullo modo neque adversus patronum vel patronam dari restitutionem.* Quod certe sic accipiendum est, non dari in dubitatione proposita, id est non dari in eos tanquam non rite versatos adversus liberos aut libertos; ut responsio quanvis simplex et infinita ad quæstionem interrogationemve accommodetur eique subserviat, eoque et intra fines ejus concludatur: sicut faciendum esse idem Justinianus docet sub exemplo stipulationis in §. *præterea, Inst. de inut. stip.* Ratio autem denegandæ adversus parentes et patronos restitutionis ab illo hæc (18) redditur, ne quid fiat contra reverentiam eis debitam et ut his suus maneat illibatus honos. Atqui restitutione in integrum postulata non læditur reverentia patri debita, si postulatur restitutio in eo quod pater cum filio non gesserit, et in quo pater dici non possit filium læsisse. Ratio igitur hoc efficit ut tunc solum adversus parentes vel patronos denegari debeat restitutio, cum adversus eos agetur de eo in quo ipsi cum liberis aut libertis versati sint, seu quod ipsi cum libertis gesserint: in quo solo cum rescindi postulatur, lædi potest reverentia superioribus personis debita.

XXIV. Ergo horum si quid desit ut vel adversus parentem patronumve non postuletur restitutio in integrum: vel postuletur quidem, sed non ex eo quod quidquam pater cum filio, patronus cum liberto gesserit; utroque modo fiet ut sit locus restitutioni. Sit ergo is minor qui postulet restitui adversus alium quam parentem, quanvis forte postulet adversus factum patris; non tamen inhibebitur restitutio. Exemplum in *L. 2. C. si adv. don.* quod tale est. Pater filii minoris emancipati bona quædam extraneo donavit voluntate et consensu filii. Illic scriptum est filium adversus donatarium auxilium restitutionis implorare posse. Id non mutatur superiore constitutione Justiniani, quia etsi hic agitur de facto patris, non tamen postulatur restitutio adversus patrem, ac nec restitutio patrem offendit qui, re donata evicta, nequaquam ob id donatario tenetur, *L. Aristo, §. ult. D. de don.* Non idem (19) diceremus, si pater res filii minoris vendidisset voluntate filii. Non enim hic posset minor adversus extraneum emptorem restitui, quin vi ipsa restitueretur adversus patrem: propterea quod emptor re, a filio evicta, regressum haberet de evictione adversus patrem qui vendidit: quod cum fit, aperte is adversus quem regressus est, alia ratione, nempe obliqua via convenitur, *L. si quis reum, D. de lib. leg. L. quod dictum, D. de pact.* Rursum sit filius qui postulet in integrum restitutionem adversus patrem quidem, sed de eo quod pater seorsim a filio gesserit, et in quo filium nec læserit ab initio nec lædere potuerit. Dicemus ne hic quidem quidquam impedimento esse quominus ex sententia superioris constitutionis filius restitutionem etiam adversus patrem impetret: quia id fiat salva patris reverentia et existimatione. Exemplum appositum in *L. ult. §. sin autem in secunda. C. de bon. quæ lib.* Id tale est. Filiusfamilias adolescens minor scriptus ab extraneo heres, delatam hereditatem jussus a patre adire, repudiavit: quod illi a Justiniano facere concessum est. Pater, quod item illi ibidem conceditur, repudiatam a filio hereditatem adivit, ut jam pleno jure sibi quæsitam haberet. Quid, si mutata voluntate filius adversus patrem restitui postulet, ut sibi hereditatem prius repudiatam nunc adire et ad se transferre liceat? Et Justinianus eodem loco illi in integrum restitutionem dedit. An dicimus id emendatum superiore constitutione de qua agimus? Minime: non ideo solum quod ejusdem temporis constitutiones sunt, *L. ult. C. qui et adv. quos in integ. rest. non poss.* et *L. ult. §. sin autem, C. de bon. quæ lib.* (sunt enim sine subscriptione quidem in qua tempus missæ constitutionis notari solebat; sed ambæ ad Joannem P. P.) verumetiam, et quidem multo certiore ratione, quod in specie proposita in qua nihil gessit pater cum filio, cum filius adversus patrem restitui postulat ad adeundam hereditatem, non modo eo facto non læditur patris existimatio aut reverentia ei debita, quasi qui repudiatam a filio hereditatem male adierit: sed etiam in eo magnopere commendatur pietas et vigilantia patris qui omissam juvenili levitate a filio hereditatem perire passus non sit, sed

(18) Non habet hoc aliam rationem quam reverentiam etc. Nec ad alios liberos pertinet quam emancipatos per *L. 8. de in jus voc.* A. Fab. ad *L. 1. §. 5. h. t.* Et procedit in omnibus ascendentibus quibus debita reverentia, Caldas *in defint.* v. *læsio n.* 155. vid. et Mudæ, ad *L. 2. C. qui et adv. quos,* Mauric. *Cap.* 225. Odd. *P.* 1. *Q.* 18. *Art.* 1. 2. 3. Brou. 1. *Ass.* 61.

(19) Diss. Odd. *P.* 1. *Q.* 16. *Artic.* 1. *n.* 12. quia regressus contra patrem datur actione ordinaria quæ neutiquam probibita, modo non sit famosa, *L.* 5 *de Dolo.*

eam adiens sibi et suis servarit, ut quandoque etiam ad hunc ipsum filium posset redire. In quo cum appareat nihil fieri adversus superiorem constitutionem, qua Justinianus denegat filio in integrum restitutionem contra patrem, ne offendatur reverentia ei debita: perspicuum et illud est, ea constitutione in hac specie, et si quæ sunt similes, restitutionem etiam adversus patrem filio non denegari.

XXV. Quod si duo hæc concurrent in facto patris, ut postuletur in integrum restitutio et adversus patrem et in ea re quam pater cum filio gesserit: sine exceptione dicemus superiore constitutione denegari filio in integrum restitutionem: itemque liberto in eadem caussa adversus patronum patronamve. Ex quo intelligimus ea constitutione (20) recessum esse a *L. 2. C. si adv. rem jud.* Illic hæc species proponitur: Pater adversus filiam minorem annis egerat notione prætoria ut sibi eam ducere liceret, quod eam in sua potestate esse, minimeque emancipationem a se factam habere diceret. Proconsul super caussa cognoscens filiam potestati patris subjectam pronuntiaverat. Placet eo rescripto filiam adversus eam sententiam in integrum restitui posse: nempe adversus patrem pro quo ea sententia lata erat. Dicemus hodie ex superiore constitutione Justiniani filiæ in hac caussa restitutionem in integrum denegandam; non solum quia postuletur adversus patrem, quod verba constitutionis prohibent; sed etiam quia detur ad infringendum id quod pater cum filia gesserit et quidem male gesserit, si restitutio admittatur. Egerat enim pater judicio cum filia et falso dixerat filiam non esse sui juris, si verum est id quod nunc dicit filia et quam ob rem se in integrum restitui postulat: quod jam et verba et sententia superioris constitutionis prohibent. Nec quidquam hic proderit filiæ, quod postulat in integrum restitutionem adversus rem judicatam, id est adversus factum judicis. Nam et simul postulat adversus patrem, sed et adversus factum patris qui judicio agendo consecutus est ut filia ita condemnaretur: quod perinde habetur quasi ipse condemnasset. Qua ratione factum est ut et actor dicatur condemnare reum, dum facit agendo ut reus condemnetur: sic loquitur Ulpianus in *L. furti, §. mandati, D. de his qui not. inf.*

XXVI. Quid ergo, si pater cum filio quid gesserit, et gesserit dolo malo? An erit impune, et patri malitia sua erit lucrosa contra certam juris et æquitatis rationem? *L. 4. D. de dol.* Minime vero erit: esset enim inquissimum non tam deceptis deesse auxilium, quam decipientibus hanc constitutionem suffragari: quod jura omnia aversantur, *L. 2. §. 1. D. ad Vellejan.* Sed non erit in eam rem restitutio in integrum quam Justinianus sine exceptione denegat. Erit pro actione de dolo actio in factum verbis temperata ut detrahatur doli verbum et bonæ fidei mentio fiat, ne ex dolo suo pater lucretur (21) *L. non debet* et *L.* seq. *D. de dol. L. si superstite, C. eod.*

(20) Consentit Duar. *ad tit. C. si adv. rem judic. f. 44. et ad d. L. ult. C. qui et adv. quos*, quia *d. L. ult.* fit una ex 50. decisionibus Codici repetitæ prælectionis insertis. Fr. de Caldas *in definit. v. læsis n.* 155. reprobat eos qui in *d. L. 2.* specialem casum esse volunt in caussa status, quia et hic generali rationi reverentiæ locus est. Item eos qui adversus sententiam judicis potius quam factum patris restitui, quia etiam eo casu pater læditur. Sed Mudæ. ad *d. L. 2. C. si adv. rem. judic.* correctam esse eam legem non admittit. Placet ei quod non ibi restituatur adversus patrem vel quidquam quod gessit pater, sed adversus sententiam quæ est judicis, dictam super lite patris quæ adhuc permanet, et de qua iterum cognosceretur restitutorio judicio. Idem ad *L. ult. C. qui et adv. quos.* Non conqueritur filius in *d. L. 2.* quod pater in re male versatus sit nec quod non caverit ne læderetur filius, quia hoc judicis fuit. De cujus iniquitate si conqueri non licet, filius erroris sui veniam deprecabitur, quod caussam non satis exacte egerit, non vero dolum arguet patris. Et convenit Mauric. *Cap* 224. *n.* 8.

(21) Sed Duar. ad *L. ult. C. Qui et adv. quos* has quoque LL. correctas esse statuit, cum Justinianus voluerit consulere honori parentum. Nec refert an per actionem filius restituatur contra patrem an per cognitionem prætoris, quia certe *d. L. ult.* negat restitutionem, etsi doli mentio non fiat. Et Ant. Fab. ad *L. 3. §. 5. hoc tit.* Verum recte noster et Gilbert. Reg. 1. *Enunt.* 15. *d. L. ult.* accipiendam de restitutione ex clausula de ætate. Olim autem restitutionem ex capite ætatis quoque præstitam fuisse, sed bonæ fidei facta mentione, indicio est *L. 27. § ult. h. t.* ubi verba extrema *nisi etc.* Tribonianum adjecisse mihi quoque probabile videtur, ut Cujac. ad *L. 11. h. t.* Ant. Fab. *ad d. §. ult.* et Marq. Frecher *Lib. 2. de Existimat. Cap. 7. n.* 5. Sed num restitutio alterius generis quæ et majoribus datur, contra patrem conceditur? Affirmat Odd. *P. 1. Q. 18. art.* 3. Caldas *in definit. verb. læsis n.* 158. Mudæ. ad *d. L. ult.* quia in illis plerumque uterque suo jure uti et niti potest, absque nota sinistræ suspicionis, ut si bona fide rem filii absentia usucepit pater. At in restitutione ex capite ætatis non manet illibatus honor pa-

XXVII. Ut cætera admittant in integrum restitutionem, res dico, de qua agitur, et persona adversarii; nonnunquam factum ipsum minoris jam excludit. Hujus generis facta tria sunt, quæ ordine rei cum minore gestæ non male distinguantur. Nam quod de his in isto ordine observare liceat, quoddam rem gestam præcedit; quoddam sequitur et sæpe multo post; quoddam intervenit in re gerenda, aut certe in continenti adhibetur. Dixi autem quoddam, non quædam, quia horum unumquodque in suo genere unum est, et unius modi, non plura.

XXVIII. Quod factum rem cum minore gestam præcedens restitutionem in ea re excludit, hoc est cum minor rite impetravit veniam ætatis ut sibi committeretur rerum suarum administratio: de qua specie est peculiaris Titulus *C. de his qui veniam ætatis impetraverunt.* Hæc venia impetrata hanc vim habet ut qui hanc impetravit, etsi ætate minor est re vera, tamen impedimento ætatis summoto quod liberæ administrationi obstabat, deinceps in rerum suarum administratione pro majore habeatur. Et talem placuit haberi ex parte, non per omnia. Hactenus habetur, ut in rebus ab eo gestis quæ ipso jure valent, etiamsi minus idonee rem suam administrarit, non possit impetrare in integrum restitutionem: et hoc, ut est in *L. 1. C. eod. ne qui cum eo contrahunt, principali auctoritate* (a qua est hæc venia) *circumscripti esse videantur.* In eo non habetur pro majore, si agatur (22) de prædiis ejus alienandis aut pignori obligandis. Nam a majore si hæc alienata essent, consisteret alienatio sine ullo decreto magistratus. In minore etiam qui veniam ætatis impetravit, constitutione Justiniani hoc effectum ne possit prædia sine decreto alienare aut hypothecæ obligare, non magis quam quivis alius minor qui eandem veniam non impetravit: sed sit in ea parte similis conditio minorum omnium, sive præstita sit (sic enim malim quam petita) sive non præstita ætatis venia: exstat hæc constitutio in *L. 3. C. de his qui veni. æt. impetra.* Sed quamcumque vim huic impetrationi tributam volumus, semper ipsam veniam rite et, ut jure concessum est, impetratam esse oportet: alioqui nulla sit venia quæ contra jus data fuerit, *L. non dubium, C. de legib.* Huic rei forma data est a Constantino in *L. 2. C. de his qui veni. æta. imp.* In ea forma in summa tria hæc spectanda sunt; ætas ejus qui veniam ætatis postulat; is a quo impetratur; et impetrandi caussa. Ætati non cuilibet hæc venia conceditur, quæcunque proponatur esse minoris prudentia et sagacitas. Conceditur solum in masculis quidem, iis qui vicesimum annum impleverunt; in fœminis autem, iis quæ impleverunt decimum octavum annum. A quo venia ætatis impetretur, solus est Princeps. Magistratui nulli datum ut hanc tribuat: multo minus privatis. (23) *L. 1. L. 2. L. 3. C. eod. titu.* Sed nec Princeps statim minoribus superiore

tria etsi non dolo se lapsum dicat filius, si factum sic designetur ut inde facile quis doli notam capere possit. Quod si aliqua species in restitutione majorum in qua eædem denegandi rationes, ubi scilicet non maneret inviolatus honor parentis, in ea aliter dicendum, Mudæ. *d. loc.* Ceterum novo jure filiæ datur restitutio contra matrem tutricem quæ secundo nupsit. *Nov.* 155. *Cap.* 1.

(22) Mauric. *Cap.* 225. *n.* 4. Gomez. 2. *Resol.* 14. *n.* 12. Et ubi lis est de prædio vel possessione rei immobilis, non poteat hic minor rem in judicium deducere sine coratora, Duar. *ad h. t. C.* etsi alias ita a curatoris potestate liberatus rationes ab eo exigere possit, Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 12. *n.* 14. Sed nec Lex pœnalis loquens de majore locum habet in hoc minore veniam ætatis adepto, ac ita majore re præsentato, Cagnol. in *L. si quis major.* 41. *Cod. de transact. n.* 40. inferens decisionem *d. L.* 41. in hoc non obtinere.

(23) *L.* 3. *princ. D. h. t.* Est hoc igitur de reservatis Principi, Peregrin. Jannin. *de Citat. reali Lib.* 1. *Cap.* 1. *n.* 172. Mauric. *Cap.* 225. *n.* 2. Azo in *Summa C. h. t. n.* 6. Turamin. ad *L.* 9. *de LL. n.* 11. Gœd. ad *L.* 21. *de V. S. n.* 2. et *n.* 19. *et* 20. Tametsi Cagnol. in *L.* 3. *de jurisdict. n.* 280. senatui quoque hanc auctoritatem fuisse contendat, quod Turamino displicet, ac recte. Ætatis enim modus publica legis auctoritate præscriptus ab alio mutari nequit, Gœd. *d. n.* 20 Sane ex *Nov. Leonis* 28. cujusvis loci magistratus hanc recta concedit. Et necessaria est præsentia, *d. l.* 2. *pr.* ibi *ipsi per se*, ut possit fieri judicium morum et prudentiæ, Duar. *ad d. t. C.* Formula hujus est apud Cassiodor. 7. *Variar.* 41. ubi dicitur capi beneficio regio potior annis ætas. Sed num adversus ipsam veniæ impetrationem restitui poterit, Duar. *ibid.* non nisi ex gravi caussa, quia solemnia intervenire necesse est, et non nisi caussa cognita conceditur, prævio examine vitæ et morum inquisitione. Gœdd. ad *L.* 21. *de V. S. n.* 2. et 4. negat restitutionem, quia impetratione hac negocium cum alio minor non gesserit. At immo non requiritur gestum inter duos ut restitutioni locus sit, vid. *supra Cap.* 8. Unde et DD vulgo affirmant, quos sequitur Fr. de Caldas *in definit. v. læsis n.* 86. *et seq.* quia et sententia qua falso major judicatus non nocet minori, *L. ult. C. si min. se maj.* Ergo nec hic obstat prævia inquisitio. Sed et restitutionem

ætate qui sint, veniam ætatis quanvis desiderantibus concedit. Caussam cur tribuat justam subesse oportet. Caussa justa est, si proponatur idoneus esse ad res suas bene gerendas. Quam ad rem duo spectantur, solertia mentis, et morum ac vitæ præcedentis honestas. Quæ omnia una cum ætate superiore probari oportet a minore qui veniam ætatis postulat. Probantur autem omnia testibus idoneis advocatis qui de his rebus testificentur: ætas maxime instrumentis. Transigitur autem hæc probatio non apud Principem, sed apud summum magistratum cujus jurisdictioni subjectus est qui veniam ætatis desiderat. Re autem probata, defertur testimonium literis actorum comprehensum ad Principem qui fidem probationis secutus veniam concedit: hæc inquam, in *d. L.* 2. *C. eod.*

XXIX. Secundum illud factum minoris quod rem cum minore gestam ex intervallo secutum contrario superiori ordine restitutionem excludit, et ipsum item unum est. (24) Id autem est, cum quod quis minor gessit, major factus comprobavit seu ratum habuit. Hæc, inquam, comprobatio et ratihabitio rei ante gestæ omnem in integrum restitutionem summovet, *L.* 3. *§.* 1. *D. de minor. toto tit. C. si maj. fact. rat. hab.* Merito. Nam primum nihil interest utrum quis quid gerat an gestum sua voluntate confirmet. In proposito autem qui ante gestum comprobando confirmat, maior est. Proinde ab eo comprobatum tanquam a majore gestum, sic habendum est: quam ob caussam et ad auxilium hujus edicti non pertinet, *d. L.* 3. *§. sed utrum, de min.* Obstat præterea et hoc comprobanti, quod qui prius a se gestum ratum habet, eo ipso hoc dicere et pacisci intelligitur nihil se postea adversus id facturum quo rescindatur: quoniam contraria sunt quid ratum habere, et id rescindi velle. Omnis autem conventio, quanvis ex intervallo interposita, reo exceptionem parit. *L. jurisgentium, §. sed cum nullo. D. de pact. L. in bonæ, C. eod.* Quocirca reus, adversus quem in integrum restitutio postulabitur postea, hac exceptione tutus, omnem eam intentionem jure removebit. Comprobari prius factum potest non tantum verbis, sed etiam re aliqua et facto quod ejusdem voluntatis indicium habeat: quomodo et recusari hereditatem, et societatem contrahi, et convenire posse alibi traditur, *L. recusari, D. de acq. her. L.* 4. *D. pro soc. L.* 2. *D. de pac.*

XXX. Hujusmodi factum in hac comprobatione est, si quid tale secutum sit quo major factus idem velle quod prius intelligatur. Quale hoc est, de quo Papinianus respondit in *L. si filius,* 30. *D. de min.* Filius emancipatus testamento patris præteritus bonorum possessionem contra tabulas aut repudiaverat, aut intra statutum tempus non petierat: quo facto testamentum patris confirmarat. Unde et minori parata in integrum restitutio ut ei bonorum possessionem contra tabulas petere liceat. Si major factus legatum ex testamento patris petat, *repudiatum,* inquit Papinianus, *beneficium prætoris* intelligitur, et quidem ita ut, si post inchoatam restitutionis quæstionem id fecerit, liti renuntiasse videatur. Nempe ideo quia hac electione major factus judicium defuncti comprobavit id ipsum quod prius fecerat. Hinc nata quæstio de hac specie. Minor viginti quinque annis miscuerat se paternæ hereditati aut alienam hereditatem adierat. Major factus perseveravit in rerum hereditariarum administratione, puta exegit aliquid a debitoribus hereditariis aut res aliquas hereditarias distraxit. Desiderat postea in integrum restitui, quo magis sibi liceat abstinere paterna hereditate aut extraneam repudiare. Quæritur an sit audiendus. Quæstio tractata ab Ulpiano in *L.* 3. *§. scio, D. de min.* Quæstio in eo est, an his factis videatur major factus agnitionem præcedentem comprobasse: qui si non comprobavit, restitutioni locus est: si comprobavit, cessat restitutio. Quod Ulpianus indicans subjicit ad caussam ambigendi,

hanc prodesse ad omnes contractus post veniæ concessionem gestos rescindendos statuit Caldas; atque hoc differre a renunciatione qua sibi tantum consulit quoad postea gerendos. Sed hoc periniquum est, quo modo contrahens cum hoc minore, legis vel Principis auctoritate indigne deciperet. Æquius itaque contractus interim celebratos non infringi, quod firmat Mauric. *Cap.* 226. *n.* 4. Odd. *P.* 1. *Q.* 22. *Art.* 10. *n.* 46.

(24) Est et alius titulus *C. si maj. fact. al. rat. hab. Lib.* 5. *tit.* 74. Qui differunt. Ille noster de contractibus jure validis qui per restitutionem infringi possunt. Hic de ipso jure nullis, Duar. *ad d. t. C. si maj. fact. rat. Lib.* 2. Menoch. *Recup. poss. Remed.* 15. *n.* 107. *et seq.* Octav. Simoncell. *de Decret. et solemn. in contract. minor. Lib.* 3. *Tit.* 9. *n.* 1. De hac comprobatione pluribus Menoch. *d. Remed.* 15. *n.* 110. *et seqq.* Gomez. 2. *Resol.* 14. *n.* 11. Mauric. *Cap.* 264. *et seqq. et Cap.* 312. Odd. *P.* 1. *Q.* 25. *et seq.* Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. Tit. de Minor. Resol.* 10. Annæ. Robert. 3. *Rer. judic.* 17. Franc. Sarmient. *de Reditib. eccles. P.* 1. *Cap.* 3. Jac. Schult. *Q. Pract.* 16. *et Q.* 20.

majori isti qui superiora fecisset, restitutionem desideranti contradicitum, quasi major factus comprobasset quod minori placuit. Et respondet ipse in hæc verba: *putavimus autem* (hunc de quo quæritur in utroque genere hereditatis) *restituendum in integrum initio inspecto.* Quo significat videlicet hunc majorem factum superioribus factis agnitionem præcedentem comprobasse non videri. Atqui superiora facta ejusmodi sunt quæ non videantur in alium cadere posse quam in eum qui se velit heredem esse, qui idem in his gerit se pro herede: sunt enim facta solius domini; pruinde et heredis qui alio jure dominus esse, quam hereditario non potest. Quod si verum est, sine dubio qui superiora fecit, se his factis heredem etiam nunc esse velle confirmavit: atque hoc ipsum nihil aliud est quam præcedentem agnitionem comprobare in qua te manere velle ostendas. Non comprobavit heres aperte verbis. Sed quid refert, si re et facto comprobavit? cum in omni voluntate declaranda nihil intersit verbis quis id faciat, an re et quovis indicio voluntatis, *L. recusari, D. de acq. her. L. 4. D. pro soc. L. 2. D. de pact. L. de quibus, D. de legib.* Et vere ista in proposito dicerentur, si is qui minor hereditatem adivit, postquam major factus est, perseveraret in rerum administratione sua voluntate. Nunc autem fieri potest ut perseveret magis necessitate hereditatis susceptæ coactus, dum cavet ne interim, dum de restitutione deliberat, quid deperceat culpa ejus de hereditate, quam quod velit omnino se heredem manere. Quod ut accidere potest et solet, ideo et hanc interpretationem voluntatis in re (25) dubia potius accipimus, quia benignior est: et in dubiis semper benigniora præferenda sunt. *L. semper in dubiis, D. de regul. jur.*

XXXI. Est et tertium factum velut inter superiora duo interjectum, quod in re cum minore gerenda interveniens, et ipsum restitutione excludit, in suo genere item unum. Id autem est, cum minor in re contrahenda aut, quod idem valet, re contracta statim et in continenti cavet se adversus ea quæ gesta sunt nihil facturum, idque jurejurando confirmat. Adversus hoc jusjurandum placet nullam esse in integrum restitutionem. De quo exstat præclarum rescriptum Alexandri in *L. 1. C. si adv. vend.* in hæc verba: *Si minor annis viginti quinque emptori prædii cavisti nullam de cætero te esse controversiam facturum idque etiam jurejurando corporaliter præstito servare confirmasti: neque perfidiæ, neque perjurii me auctorem tibi futurum sperare debuisti.* Addidit Alexander, *jurejurando corporaliter præstito.* In quo dubitari potest quid sit jusjurandum corporaliter præstitum. Et sciendum dictum hoc esse ab ethnico Imperatore ex more apud ethnicos usitato, qui majoris religionis caussa res aliquas tenentes se sacramento obstringebant: alias tangentes sacra et (26)

(15) Duar. *ad tit. C. si major fact.* Quia potuit, inquit, alio animo exigere; non tamen explicat quomodo favor minoris beniguiorem interpretationem exigit. Initium autem spectari hic dicitur *d.* § 2. non quasi finis et perfectio spectari non debeat contra § *præced.* sed ad exclusionem ejus quod factum est post completam ætatem, quia id non tam ad perficiendum negocium pertinet quam ad consequentias perfecti. Neque enim qui jam ante heres est, ob id magis heres est quod debitum exegerit, Ant. Fab. *ad d.* §. 2. Et ita Cahlas *in defin. 1. vel advers. dato. n.* 50. conciliat *d. L.* 3. §. 1. *et* 2. quod ius ici debeat finis quo actus absolvitur, *d.* §. 1. nisi læsio contingens in majore ætate dependentiam habeat a gestis in minore; quare vult restitutionem dari, si quod minor vendidit, major tradidit. Quod non placet; quæ enim apertior comprobationis nota? et obsistit *L.* 30. *h. t.* ubi Busius. Sic itaque hæc componenda: In §. 2. petitor restitutio contra actum quem ipse minor inchoaverat et perfecerat in minori ætate. Et restituitur contra immixtionem vel aditionem, non vero contra debitores a quibus exegerat. Nec vi restitutionis obtentæ accepta debitoribus reddenda sunt, sed heredi (si quis ordine sequens adest) aut creditoribus paternis. Nec impedit restitutionem illa exactio, tanquam exinde comprobata fuerit aditio, per ea quæ Duar. hic. At in § 1. non agitur de restitutione contra actum alii, in minore perfectum, sive in majori sive minori ætate; sed contra sententiam judicis, quæ majore eo facto lata fuit. Etsi vero tempore judicii cœpti minor fuerit, non tamen se restitui petit ad id quod judicio actum dum minor esset, sed adversus sententiam; per quam læditur, non per ea quæ sententiam præcesserunt. Quod si non conqueratur de sententia sed de actis male conceptis, allegatione omissa, errore in processu commisso dum adhuc minor esset, restitutionem dari censet Bartolus et probat Pac. 2. Q. 89. Duar. *ad d. t. C.* etsi hi alias paulo aliter. Add. Maurie. *Cap.* 196. Odd. *P.* 1. *Q.* 6. *Art.* 1. Octav. Simoncell. *Lib.* 3. *de Decret. et Solemn. in contrac. minor. Tit.* 9. *n.* 7.

(26) Virgil. 4. *Æn.*

*Talibus orantem dictis arasque tenentem*

12. Æneid.

*Tango aras, mediosque ignes et numina testor*

Plaut. Rudente *Act.* 5. *Sc.* 2.

*Tene aram hanc* . . . . . . . . .

altaria, quomodo Annibalem jurasse, dum se perpetuo hostem P. Romani futurum jurat, Livius scribit initio *lib.* 1. *decados* 3. interdum tenentes lapidem jurabant Jovem (27) : cujus jurisjurandi forma est apud Festum. Apud Christianos inolevit jam olim ut juraretur tactis Evangeliis: quod usurpatum fuisse temporibus Justiniani in rebus majoris momenti et ad fidem publicam pertinentibus, declarat formula jurisjurandi quod Justinianus præscribit iis qui officia suscipiunt, *Novella* 9. *jusjur. quod præst. ab iis qui adm. suscip.*

Pollett. 4. *Hist. fori* 13. *in fin.* Juvenal. *Sat.* 13.
.. : *intrepidi quæcunque altaria tangunt.* Cic. pro Flacco: *si aram tenens juraret, crederet nemo.* Et pro Corn. Balbo: *morem Græcorum fuisse jurandi caussa ad aras accedere.* P. Greg. 50. *Synt.* 8. *n.* 16. Obrech. *de Juram. calum. Cap.* 10. Jo. Guil. Stuk. *Descript. sacror. sacrificiorumque gentil. fol.* 95. *facie* 2. Quo respicit Solonis vox μέχρι βωμῶν, usque ad aras, Forner. 3. *Select.* 27. Ac Romæ apud aram Victoriæ juratum fuisse luculentum testimonium apud Symmach. 10. *Epistol.* 54.

(27) Cujus formula hæc: SI SCIENS FALLO TUM ME DIESPITER SALVA URBE ARCEQUE BONIS EJICIAT, UT EGO HUNC LAPIDEM. Fest. *Lib.* 11. Plaut. *Aulular.* 5. *Sc. pen.* (quam tamen Sc. et sequentis ultimi Ant. Codri suppletionem esse post Meursium censet Taubman. Plutar. *in Sylla*, Polyb. *Lib.* 3. *Quod sanctissimum jusjurandum habitum* (Romanis), Agell. 1. *Noct.* 21. vetustissimus ritus, Apulej. *de Deo Socratis etc.* Quo de plura Erasm. *Chil.* 2. *Cent.* 6. *adag.* 33. Briss. 8. *Formul. pag.* 710. Revard. 5. *Var.* 5. Jo. Bapt. Pius *Annot. prior. Cap.* 10. *P.* 1. *Thesauri Critici*, Paul. Leopard. 6. *Emend.* 15. *P.* 3. *Thes. Critici Gruteriani*, Jo. Guil. Stuckius *Lib.* 1. *Antiquit. Convival. Cap.* 30. *fol.* 110. Robert. 1. *Rer. judic.* 11. *initio*, Pollet. 4. 4. *Histor. fori*, 14. P. Gregor. 50. *Synt.* 8. *n.* 5. Phil. Camerar. 2. *Oper. succisiv.* 78. Setser. 1. *de Juram.* 15. *n.* 25. Cumprimis autem vide Jo. Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 4. *n.* 9.

## C A P. XIII.

### Ad auth. Sacramenta puberum. C. si adver. venditionem.

Sed de hac jurisjurandi exceptione tota plenius cautum est constitutione Friderici Imperatoris quæ exstat *lib.* 2. *feudorum* sub titulo *de pace tenenda*, §. *ult.* quæ eadem quia non solum ad eandem speciem de qua in rescripto superiore Alexandri, sed etiam ad explicationem ejus rescripti pertinebat; commodum in Codicem translata est, et ei ipsi rescripto subjecta sub *tit. si advers. vend.* Quod totum, quia hujus loci est et constitutio est in (1) magno usu, in qua tamen pleraque sunt de quibus dubitari soleat, ejus interpretationem hic breviter subjiciam. Verba ita sunt: *Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis, inviolabiliter custodiantur. Per vim autem vel per justum metum extorta etiam a majoribus, maxime ne querimoniam maleficiorum commissorum faciant, nullius momenti esse jubemus.*

Ait, *Sacramenta.* Nun addit corporaliter præstita, ut Alexander fecit in *d. L.* 1. *C. eod.* quo intelligeremus jusjurandum omne per se interpositum servandum esse, etiam si nullis rebus corporaliter tactis juratum sit, *arg. in L. de pretio, D. de Publ. in rem act. L. item veniunt.* §. *petitam*, vers. *a quo, D. de hered. pet.* Et recte hoc ita constitutum. Nam, cum juraveris per Deum, cum Deum testem et judicem invocaveris nisi ita sit aut fiat ut affirmasti, quid hic ad religionem et auctoritatem jurisjurandi adjicere potest amplius, aut etiam quid ad rem pertinet præsentia aut tactus ullus rerum ullarum quantumlibet sacrarum? Quid enim, an minus sacrosanctum est nomen Dei quod usurpatum est jurejurando, aut an minus ille testis præsens aut judex affirmationis tuæ futurus est, si ad jusjurandum nihil addideris? Et quod olim tactus Evangeliorum inductus est apud Christianos in judiciis et rebus gravioribus ad firmandam religionis fidem, *ex* (*) *ignoratione verbi Dei natum est:* quo in jurejurando non de in-

(1) Unde plerique interpretes ad ejus explicationem commentationes suas certatim magno eo in contulerunt. Utque antiquorum Bartoli, Baldi, Salicati, Jasonis et aliorum repetitiones, itemque eos qui diversis operibus sparsim pleramque hujus authenticæ materiam enodarunt, præter alios Covar. in *Cap. quamvis* 2. *de past. in* 6. *p.* 2. *relaxation.* passim Seraphin. *Privil. jura.* 83. *n.* 96. et passim Gail. 2 *Observ.* 41. *et seq.* Cels. Bargal. *Lib.* 3. *de Dolo Cap.* 14. Anton. Gabriel. *Lib.* 2. *Comm. Concl. tit. de Minorib. Concl.* 5. Rauchbar. *P.* 2. *Q.* 4. Trentacinq. *Lib.* 2 *Pract. Resol. Tit. de Minorib. Resol.* 1. Cart. Senior *Cons.* 43. Wesemb. *Cons.* 23. *et Cons.* 51. Herm. Esai Rosacorb. *Pract. forens. Cap.* 41. Afflict. *Decis.* 322. Jo. Meichsner. *Tom.* 3. *Decis. Cam.* 4. aliique postea citati, hic taceam, in eam fusius commentati Sichardus et comprimis Joannes Gutierez, ac veluti ex professo item declarandam sumserunt. nihil fere singuli intactum relinquentes Parlador. 2. *Rer. Quotid. Cap.* 4. Horat. Carpan. *Statut. Mediolanens. Cap.* 453. *Vol.* 1. Gomez. 2. *Var. Resol.* 14. *n.* 18. *et seqq.* Asin *de Execut.* §. 9. *Cap.* 125. *et seqq. ac Cap.* 326. *et seqq.* et passim. Ex quibus nos aliqua, non quæ et quot suppetunt. Enimvero hæc authentica illiberalis severitatis a quibusdam damnatur, qua æquitas prætoris convulsa sit, Jac. Omphal. *Lib.* 7. *de Usurpat. legum Cap.* 6. *n.* 15. quæ multos minores redegerit ad inopiam dum indeliberate jurant, quamque Imperator merito restringere debeat, Sichard. *ad d. auth. n.* 1. *et* 3. mora et destructio adultorum, ut ex Luca de Penna Rebuffus *Tr. de Rest. in int. Gl.* 1. *n.* 4. Duar. *d. loc.* Uti et statutis Mediolanensium, Horat. Carp. *supra d. Cap* 453. aliarumque Italiæ civitatum, dum caveut ne juramenta minorum valeant, Sichard. hic *n.* 48. Ac apud Gallos eam non servari, facileque gratiam jurisjurandi ab episcopo fieri minoribus læsis testis est Rebuffus *in Const. Reg. Præm. Gl.* 15. *n.* 50. et Goth. *in not. hic.* Quin et Hispanorum ac Lusitanorum legibus generalius cautum ne contractus jurati celebrentur, neve conscribantur a notario, pœna remotionis ab officio, utque sic celebrati nullam vim habeant, Pinel. ad *L.* 2. *C. de Resc. vend. P.* 3. *Cap.* 1. *n.* 11. *et* 12. prudenter ita subditis consultum censens Padilla *ibid. n.* 35. Cujusmodi statuta ac leges defendit Pinell. *ibid.* et Sichard *hic. n.* 48. fuse varieque disceptat Asin. *de Exsec.* §. 9. *Cap.* 165. justissime latas ut ne juretur, impediant, coerceantque transgressores. Ast ne juratum servetur, utque jusjurandum jam præstitum pro infecto habeatur juri consonum non esse in eoque vim religioni fieri, putat Parlador. 2. *Rer. Quotid* 4. *n.* 53. Idque tutius videtur. Confer. *infra N.* 15.

(*) Neutiquam divini illius Christiano cuiqua obvii et parati de jurejurando præcepti ignoratione factum est (quod affirmanti Donello vix aliquis credat Calvinianus APEL-

terventu aliarum rerum quarumlibet, non de earum auctoritate vel contemptu, sed de attestatione nominis solius Dei sine alia adjectione ita præcipitur: Non usurpabis nomen Jehovæ Dei tui temere: non enim habebit insontem Jehova eum qui nomen ipsius usurpaverit vane, *Exo.* 22. Et certe non est levis contumelia qua nomen Dei afficitur, si quis putat non esse satis per Deum jurare, aut Deum invocare testem, nisi tetigerimus sacra Evangelia, aut quid aliud: quasi quid quam majus aut sanctius sit in Evangelio quam in eo qui auctor est Evangelii et rerum omnium. Nec mirum sit Justinianus in eo jurejurando quod præformavit iis qui administrationes suscipiunt, *Novel,* 9. hoc admisisse, ut qui juraturus esset juraret per quatuor Evangelia quæ in manibus teneret, *Nam hac* (**) *superstitione ille non contentus addidit etiam formulæ jurisjurandi impie-*

LA) ut tactis Evangeliis jurare consueverint superiorum temporum Christiani. Sed hoc veterum usque notissimo apud Hebræos SS. Patrum exemplo Christianis etiam moribus introductum ut, cum jurabant, exteriore aliquo facto tamquam signo ad conciliandam juramento veu rationem aptissimo uterentur: cujus pii et probatissimi usus luculenta, inquam, habuere in sacris literis sanctissimorum virorum et divinitus acceptæ doctrinæ patrum exempla; vid. *Gen. XXIV.* 2. 3. *XXXI.* 45. usque ad 53. *Dan. XII.* 7. *Apocal. X.* 5. 6. Non itaque superstitione aliqua, quam insano pravitatis errore comminiscitur Donellus, sed vere pio et religioso more tactis Evangeliis jurabant Christiani veteres, qui et nunc habent pii et religiosi ritus Christianos et Catholicos homines imitatores. Esto vero nihil veritatis aut sanctitatis ex altaris et Evangelii contactu accedat juramento, quod ex catholicæ fidei regula totum in divini nominis obtestatione consistit: illud tamen in dubium vocari non potest, quod usu et experientia et proba humani sensus æstimatione compertum est, quin illius rei sacræ tactus solemnis plurimum valeat ad commovendum jurantis animum, quo satis considerate et magno cum metu ac reverentia summi Numinis juret; tantoque sibi violati jurisjurandi pœnam instare graviorem intelligat, quo magis solemni juravit apparatu. Vid. Gonzalez. *in Comment. Cap. fin. Extr. de juram. Calumn. n.* 8. 9. 10. Covarruv. in *Relect. Cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. 1. P. §. 1 *n.* 1. et 2.

(**) Hæc e media Calvini schola impura verba impuro ore Donellus. Quid vero impudenti calumniæ reponimus? Id quod verissimum: quod scilicet jurisjurandi formula, de qua Justinianus *Novell.* 8. *sub. fin.* abest ab omni non modo superstitione, et quod gravius, impietate; sed immo nihil habet quod non sit cum vera pietate et religione conjunctum. Hoc autem qui? Quia duplex ille jurandi modus quem conjungit *ibidem* Imperator undequaque cum divino scripturarum oraculo consentit. Prior illa jurisjurandi Justinianei pars in qua Sacramentum illud invocato SS. Trinitatis numine faciendum est, et ipsi, credo, probabitur Donello et cuicumque alteri qui cum illo sentiat; quare de eo dicere supersedeo. Altera vero pars in qua per SS. Dei Matrem, per Angelos et per quatuor Evangelia juratur, idest oblique seu tacite numen Dei unicum vocatur in testem, si quem offendat quasi Numini trium divinarum Personarum expresse *ibidem* obtestato contumeliosa (in quod suspicor offendisse Donellum) hic, inquam, poterit, ut potius ipse superstitione et pravitatis errore liberetur, quam multa consulere scripturarum loca. Esto hæc ex. cau. *Gen.* XXXI. 53. *Deut.* IV, 26. *Josu.* II. 14. *Matth.* V. 34. 35. 36. et ad hunc locum Interpretes. *Matth.* XXIII 20. 21. 22. I. *ad Cor.* XV. 31. II. *ad Cor.* I. 23. et alia in quibus interpositum per creaturas, easque sive divinitus accepto veritatis et justitiæ dono, sive divinæ veritatis in illis alterius impresso vestigio reliquis præstantiores, et factum jusjurandum, sanctorum et veterum fidei patrum exemplo et ipsius Christi Domini oraculo comprobatur. Cum itaque modus uterque sive per Deum expresse, sive tacite per Creaturas jurandi divina sacrorum librorum auctoritate probetur; nil caussæ esse video cur quis Justiniano succenseat eumque pessime accipiat, quod utrumque jurandi modum formula illa comprehensum junxerit. Nisi quis forte pessimo exemplo prophetam Eliseum uti superstitiosum et impium, quod horrent aures, traducat, quod et ipse per Deum et per vitam Eliæ conjunctim semel, iterum, ac tertio juravit; vid. III. *Reg.* IV. 2. 4. 6. At nonne indivisæ atque sacrosanctæ Triadis obtestatio religiosissimum ipsa per se sanctissimumque facit jusjurandum? Et quidem maxime. Quid ergo alia priori huic adjuncta per Dei Matrem, Angelos et quatuor Evangelia juratio? Non illa certe de caussa quam stulto perversitatis errore potuit sibi fingere Donellus, ut ille religionis cultus qui ex juramento consequitur, Virgini Matri aut Angelis a jurante tribuatur: hanc impietatem Catholica doctrina et orthodoxa fidei regula detestatur; et hoc impietatis aut nefandæ superstitionis crimen longe abest a Catholico viro atque pio Imperatore Justiniano; qui porro ignorare non potuit quodcumque juramentum summa Dei unius et sola veritate niti, ideoque juramentum per creaturas in Deum totius veritatis auctorem relatas in ipsius Dei veritatis cultum atque honorem cedere. Quid ergo movit Justinianum ut priori expresso per indivisum trium Personarum numen juramento posterius illud per Dei Matrem et Angelos et Evangelia oblique Deo factum adjungeret? Illa, credo, summe laudabili maximeque religiosa de causa, ut infirma videlicet jurantium fides ac religio tanto firmius et sanctius se divino numini obligatam sentiret, quanto

*tatem*, dum vult jurari non solum per Deum sed etiam per gloriosam Dei Genitricem et per sanctos Archangelos Michaelem et Gabrielem; cum tota scriptura clamet hunc honorem soli Deo deberi, ut per eum juretur, *Jerem.* 5. *Hebr.* 6. quippe qui solus sit inspector cordium, ut scire possit qua fide quave conscientia quisque juravit; solus sui nominis contempti idoneus ultor et judex. Recte igitur, ut dixi, simpliciter ita cavit Fridericus, ut sacramenta seu juramenta sola per se interposita inviolabiliter serventur.

Ait, *sacramenta puberum*. Ergo (2) impuberum sacramenta hac lege non tenentur; non dico ut ea non prohibeantur hac lege retractari: sed etiam ut his ipsis verbis ea retractare concedatur. Hæc enim vis est orationis omnis ad certum aliquod genus personarum directæ, et maxime in legibus quæ, ut virorum prudentium consulta (sic enim vocantur in *L.* 1. *D. de legib.*) ita scribi solent ut nihil sit otiosum: hæc, inquam, vis ejus orationis, ut quoties certis quibusdam ex aliquo genere nominatim quid adimitur, cæteris qui ex eodem genere sunt concedi intelligatur, *L. cum prætor, D. de jud.* et contra, si quid conceditur nominatim certæ speciei hominum, cæteris qui sunt ex eo genere continuo videatur ademptum, ut fit in hoc ipso edicto de minoribus: quod, quia auxilium pollicetur nominatim de eo quod cum minore gestum erit, ab omnibus sic acceptum est ut idem auxilium intelligatur denegatum de eo, quod gestum erit cum majoribus, *L.* 3. §. *sed*

(2) Consentiunt nostro Sichard *hic n.* 6. *et seqq.* Mudæ. *ibid.* Jac Omphal. *Lib.* 7. *de Usurpat legum Cap.* 6. *n.* 15. Covar. *in Cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6 *p.* 3. §. 1. *n.* 5. Fachinæ. 3. *Contr.* 10. et Gomez. 2. *Resol.* 14. *n.* 18. qui et hoc pluribus firmant. Nam verba legum proprie accipi debent, nisi ubi absurdum inde sequeretur. *l.* 19 *de LL.* Et ubi jura certum tempus exigunt, id plane confectum esse oportet, ut nec unus dies desit. Sichard. *d. loc. n.* 28. *et seqq.* Cumque hæc constitutio etiam in puberum minorum persona rigorosa et odii plena multis habeatur, ut *aut. supra N.* 1. merito strictius accipitur, nedum ultra verborum vim protrahenda. Quin nec impubes ex voto obligatur *Cap. significatum* 11. *de regulac. Cap.* 1. *eod. in* 6. Ergo nec jurejurando, cum utcumque, DEO præstetur Denique jusjurandum discretionem jurantis jure quoque Canonum exigit. Hic autem judicium, unus trium juramenti liciti comitum quos vocant *Cap. etsi Christus* 26. *de jurej.* deficere omnino videtur. Ease post alios Fachin. *d. Cap.* 10. Aut saltem in vere puberibus firmius judicium majorque servandi jurisjurandi ratio Sichard. *d. loc.* Et hanc communem LL. interpretum opinionem veramque videri scribit Fr de Caldas ad *L.* 3. *C. de in int. rest. in defin.* v. *Minorib. n.* 8. Qui tamen ipse communi Canonistarum sententiæ adversæ accedit *n.* 9. *per Cap. ex literis* 10. *de sponsalib.* ubi juratæ impuberum desponsationes inviolabiles. Cui et plerique adstipulantur, P Gregor. 50. *Synt.* 7. *n.* 4. Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 4. *n.* 4. Seraphin. *Privileg. juram.* 83. *n.* 24. ubi *in Addit.* Martin Benckendorf. *n.* 2. Plures de communi testantes percenset, et ceu communem sequitur Hartman. Pist. *Lib.* 3. *Q.* 6. *n.* 8. et magis communem vocat, quæ consulendo et judicando servanda, maxime jure Canonum in materia juramentorum attendendo. Gailer. *hic n.* 117. Et a communi, licet in puncto juris falsa sit, judicando et consulendo discedi non debere vult Gomez. *d. n.* 18. Varie hanc quæstionem disceptat, fuseque et im edite, ut vix sibi ipsi constare videatur. Jo. Bapt. Asin. *de Exsecut.* §. 9. *Cap.* 326. unde pro utraque opinione rationes et responsiones peti possunt. Cæterum, etsi satis scite hic Donellus opinionem suam muniat, ac relatæ rationes convincant juramento impuberis robur obligationi invalidæ aut inefficaci nullum accedere, nec inde aut contra petitam restitutionem in integrum exceptionem alteri dari cui juratum est, aut si is egerit, contra exceptionem ætatis replicationem; probe tamen apud animum perpendat pubes jam redditus, anne ejus ingenii ac judicii, tunc cum impubes juraret, fuerit, ut quid ageretur, quæ item religio sit jurisjurandi perfecte intellexerit; firmumne et integrum (quæ aliquando puerís nonnullis præcocitas et velocitas ingenii) atque ac si pubertatem forte plenam attigisset, assensum præbuerit. Tunc enim violando jurisjurandum perjurii reatum non effugiet Damnum ergo facultatum, maxime modicum, insuper habeat, majoremque rationem conscientiæ et ultionis divinæ vitandæ habendam ducat. Nec ideo tamen in foro civili ullus juramenti ab impubere præstiti effectus esse debet, nec inde adversario actio dari. Exemplo nam perniciosum foret ex rarioribus casibus jus constitui. Qui ipsi casus non ita judici perfecte patescere possunt, cum quæ in animo consistunt alteri non sint obvia. Ad hæc indignus cui subveniatur, qui impuberem ut juraret induxit, inque illo ipso negocio circumvenit, etsi forte dolo non fecerit. Mirarique subit qui error vulgaris ita increbrescere, forique subsellia et tribunalia occupare potuerit. Neque enim tanti est quod ajunt, quia de animarum hic favore et ut vitetur peccatum agatur, extensionem quoque juris correctorii et exorbitantis fieri, Asin. *d. Cap.* 326. *n.* 10. Fr. de Caldas *d. loc. n.* 6. Sed contrahenda hic vela.

pluribus et Deo charissimis nominibus adhibitis, quasi pignoribus datis, Deum ipsum unicum suæ veritatis et fidelitatis auctorem ac testem appellasset.

*utrum, D. de min.* Recte utrumque: quia, si quod de certis personis nominatim lege cautum est id lex ad universum genus earum pertinere voluit, stulte rationem retulit ad certas tantum personas quæ totius generis debuit esse communis. Jam hic constitutio Friderici sacramentis minorum retractationem adimens nominatim hanc adimit sacramentis puberum. Frustra et inepte puberum, si etiam in sacramentis impuberum idem jus esse velit: quod vitium ne in privatorum quidem, dum ne scurram, oratione admittere solemus: in legibus quidem nunquam, *L. 5* in fin. *D. de capt. L.* 1. in fin. *D. ad municip.* Perspicuum est igitur Fridericum hac adjectione puberum, quam retractationem sacramenti puberibus adimit, hanc illum impuberibus concessisse. Et hoc jus recte constitui in infantibus, item in impuberibus qui proximi sunt infantiæ omnes consentiunt, quia hi nec doli capaces sunt, nec quid promittatur, aut quid juretur intelligunt, §. *pupillus, Instit. de inut. stipul.* At quid, si impubes qui contraxit tutore auctore et juravit se conventionem servaturum sit pubertati proximus? nam hac ætate qui sunt, doli capaces esse existimantur, *L. 4. §. quæ in tutore, D. de dol. mal. et met. exc.* Jam hoc quidam probant non minus hujusmodi impuberum sacramenta servanda esse quam puberum; moti his rationibus, quod impuberes hi per omnia puberibus comparentur, et cum intelligant quid agatur, non magis in ea ætate perjurium ferendum sit quam in puberibus. Sed cum constitutio Friderici superiore adjectione puberum eximat ex eo numero omnes qui puberes non sunt: nisi quid admodum idoneum adfertur ex reliquo jure quo id faciendum non esse probetur, hæc eadem sententia quæ tam aperte verbis efficitur omnimodo retinenda est; si modo et constitutioni juris publici auctoritatem damus, ut certe dandam esse concedunt omnes: quam ob caussam et in Codicem Justiniani relata est. Idque eo magis faciendum est, quod contraria sententia periculose oppugnat utilitatem pupillorum. Efficit enim ut pupilli, quanvis quod gereretur non intellexerint et vehementer læsi sint, nunquam tamen restitui possint. Curabitur enim ut jusjurandum interponant; quod quidem a pueris facile impetratu est. Nam qui potuit induci ut rei suæ alienationi consentiret, facile etiam, ut est imperitia et infirmitas puerilis ætatis, eo adducetur ut eam alienationem quam jam opinione sua comprobavit, adhibito jurejurando confirmet. Ita scilicet, superiore sententia inducta, erit inventa (3) ratio qua miseram illam et miseratione dignam ætatem captionibus et insidiis hominum maliliosorum exponamus. Nec ad rem pertinet si quis dicat tutoris auctoritatem pupillum ab eo periculo et omni injuria tutum præstituram. Quid enim si tutor colludat? Quid si egerit quidem sedulo, sed et ipse stultitia aut imperitia sua vel quo alio errore pupillum in eam fraudem impulerit? Denique cur ad istam conjecturam recurramus, cum in restitutione nunc appareat pupillum captum esse et, ne queri posset, subdole jurejurando esse obstrictum? nam aliter restitutioni locus non fit. Et quid interest, quæso, quomodo læsus sit pupillus, ut ei succurri debeat, si læsus est? Quare, cum in superiore sententia tantum sit periculi adversus eam ætatem quæ omni favore et præsidio ac tutela legum digna est, omnino sententia sine manifesta ratione admitti non debet. Quid ergo pro ea adferatur videamus. Quod omne cum mihi parum idoneum videatur, de eo breviter respondebo. Quod si recte facimus, tum sine ulla offensa constituta erit contraria sententia hujus constitutionis quam volumus.

Primum ergo objiciuntur ii loci, et hi complures, quibus constanter traditur impuberem pubertati proximum doli capacem esse; ideo si quid dolo fecerit, si quid deliquerit, puta furtum fecerit, damnum dederit sciens et quæ sunt similia, eum in eadem caussa cum puberibus habendum, ut hinc non aliter teneatur quam puberes in eadem re solent, *L. impuberem, D. de furt. §. in summa, Institutio. de obligat. quæ ex del. L. 4. §. quæ in tutore, D. de dol. mal. et met. exc.* Nec desunt optimæ rationes, cur placeat in hac re minores alios ab aliis numero annorum non distingui. Recte enim illa dicta sunt quæ huc referri debent: malitiam supplere ætatem, *L. 3. Codic. si min. se maj. dix.* Item: in criminibus ætatis suffragio minores non juvari, nec infirmitatem animi malorum mores excusare, *L. 1. C. si adv. del.* Denique

(3) Bellissime. Plane si priusquam juraret, dolose se puberem esse persuasit, jusjurandum efficax esse facile largiendum, Jas. *ad h. auth. n.* 20. Asin. *d. Cap.* 126. *n.* 14. declarans modo probabilis alteri ætatis ignorantia, secus si cognatus etc. Confer. *supra Cap.* 16. *n.* 13.

nullius malitiam debere ipsi lucrosam esse aut alteri damnosam, *L. 4. D. de dol.* De quibus hoc responsum sit, recte ista dici in eo impube e qui quid deliquerit sciens aut aliter dulo malo fecerit: ad eum impuberem a quo dolus absit nun pertinere, omninoque, dum malitia ætatis non arguatur, impuberes in rerum administratione puberibus minime comparari; sed puberes scire et intelligere existimari quod geritur, impuberes non item. Id ita esse declarant duæ differentiæ noti juris quibus discernuntur puberes ab impuberibus in rebus gerendis. Una est hæc, quod puberibus qui curatorem non habent permittitur jure rerum suarum administratio haetenus, ut quod hi per se sine ullius curaturis auctoritate gesserint, jure ipso perinde ratum sit, quasi a majoribus g stum esset, *L. 3. Codic. de in integr. restit. mi.* Impuberibus autem, ut omni intelligentia ad res per se gerendas i'onea destitutis, omnis hæc facultas adempta: qui, si quid gesserint sine tuturis auctoritate quod quidem ad acquirendum non pertineat, placet nullius esse momenti sive tutorem habeant sive non habeant, *L. in negotiis, D. de regul. jur. §. pupillus, Inst. de inutil. stipu. Instit. de auctor. tut.* Altera differentia est quod puberes si per se res suas tractare volunt, ipsis liberum est: nam inviti curaturem non accipiunt, *§. item inviti, Institu. de cur.* Impuberes, cum per se utiliter gerere nihil possint in qun aliquod periculum metuatur, tutorem accipiunt inviti cujus prudentia et auctoritate regantur, idque naturali rationi conveniens esse scriptum est in *§. ult. Inst. de Attil. tut.* Non sunt ergo, ut dixi, in eadem causa puberes et impuberes quanvis doli capaces, cum de eorum intelligentia et rerum administratione agitur: tantumque una res eos conjungit, si quid dulo et malitiose fecerint, cum ætas doli capax esset. Jam vero cum impubes quid contraxit juravitque se contra nihil facturum, nihil hic dolo facit, neque tunc eum jurat neque tunc cum adversus contractum restitui postulat. Non tnne cum jurat: quia tum non fallit sed fallitur, sive id fit dulo adversarii cum qun contrahit, sive ipsius errore et ætatis imperitia. De eo enim minore loquimur quem restitui volumus: quod non tribuitur nisi ei quem constat captum esse, *L. verum, §. sciendum, L. non omnia. D. de minor.* Adde quod pupillus si fallit, tamen sciens fallere (4) non videtur, ut est in *L. qui jurasse, D. de, jurejur.* Non est autem dulus, nisi tunc cum quis alium sciens prudens et consulto fallit. Multo minus dolo facere videtur quisquis restitui postulat adversus id quod impubes gessit, in quo se captum fuisse doceat. Hac enim restitutione id agit ut fraudem excludat, quæ non in re tantum est, sed etiam in adversario qui quod sciat per imperitiam pupilli male gestum esse, id obtentu jurisjurandi eadem imperitia interpositi defendere nitatur. Vera autem est sententia Papiniani, dolo facere non videri eum qui fraudem excludit, *L. cum pater, §. Titio,* in fine, *D. de leg. 2.* congruit *L. atqui, §. cum me, D. de neg. gest.* Nihil ergo superiores loci omnes quibus impubes doli capax comparatur cum puberibus, impuberem jurejurando quid promittentem offendunt, nec ei obstant quominus adversus jusjurandum recte restitui postulet.

Sed gravior objectio est ex *L. 1. C. si adv. vend.* non solum quod Alexander illic generaliter minorem jurantem ab in integrum restitutione arcet; sed etiam quod negat in universum se perfidiæ ac perjurii cuiquam auctorem futurum. De minore loquitur, at hoc verbo non puberes solum sed et impuberes, et hi quidem maxime continentur. Inhibendæ autem restitutionis ratio est, si quis hanc restitutionem cum perjurio postulet. Quid igitur restat, nisi ut impuberi quoque contra jusjurandum venienti vel propter perjurium restitutio denegetur? De quo ut respondeam; si quidem in impubere contra jusjurandum perjurium admitteremus, non negem equidem etiam illi in integrum restitutionem adversus jusjurandum denegandam, non ideo tantum quod superius rescriptum aperte omnem minorem pejerantem excludit: sed etiam quod fatendum est non leve delictum esse perjurium: certi autem juris est minoribus in delictis, quaecumque ætate sint, non succurri, *L. si ex caussa, §. nunc videndum, D. de minor. L. 1. C. si adv. del. L. 3. C. si minor. se major. dix.* Sed si obtineri potest pupillum in contractibus rerum suarum ...

(4) Quæ conditio cujusque jurisjurandi, Langlæ *Cap. 1. Semestr. 2. pag. 16. et seq.* Male Seraphin. *Privil. juram.* 83. *n.* 24. in veritate etiam pupillum pejerare, ideoque *d. L.* 26. *pr.* dici *videri*. Repugnat enim ratio mox subdita. Ideo autem vocula *videri* adiecta, quia quoad verba pejerare potest et ratione materiæ: ast non ratione animi ac formæ. Sicuti mendacium dicere potest ignoraus, qui non mentitur tamen.

rum jurantem non pejerare, quæstio tollitur, nec quidquam relinquitur in superiore rescripto quod adversetur. Loquitur enim rescriptum de majore quidem generaliter, sed pejerante. Removet omnem minorem, sed ob perjurium. Neutrum ad pupillós et impuberes pertinet, si pupillus non pejerat. Quid ergo, cum impubes juraverit se contractum servaturum, si contra id jusjurandum restitutionem postulet, (5) negabimus eum pejerare? Sane diserte negat Paulus in *L. qui jurasse, D.* de jur. *quamvis*, inquit, *pupillus non videatur pejerare*; *quia sciens fallere non videatur*. Sed quærendum amplius an hoc recte Paulus. Nam, cum in hoc jurejurando servando aut nün servando de cultu Dei agatur, videndum est in hac re non tam quid Paulo homini ethnico visum sit, quam quid bona conscientia et ex verbo Dei impuberi hic facere liceat. Sic enim præceptum Domini est: *non usurpabis nomen Domini Dei tui temere*; quo constat omne perjurium vetari. Difficile autem persuaderi potest eum qui adversus jusjurandum faciat pejerare non videri. Ego vero Pauli veram sententiam esse arbitror, non illa tantum ratione quod pupillus jurans sciens non fallat, quod proprium est pejerantium; sed ea maxime quod cum verbis jurat, re vera nec jurare videatur: de quo sic constare potest. Nullum est jusjurandum ejus qui quid dicat aut juret non intelligit: ut puta, nullum est jusjurandum furiosi, infantis, ebrii, quia hi quid jurent quid affirment, nesciunt. Id certius etiam intelligetur ex definitione jurisjurandi. Jusjurandum est, in rebus quidem præteritis aut præsentibus affirmatio religiosa; in rebus autem futuris religiosa de bis promissio. Nulla est autem affirmatio ejus qui scire non possit quid et qua de re affirmet. Nulla promissio sine intelligentia promittentis et consensu; certe nulla sine bis obligatio. Proinde sine his nullum jusjurandum. Jam vero pupillus omnis, quoties de rebus æstimandis agitur, ut fit in contractibus et negotiis gerendis, non magis scire aut discernere potest quam furiosus. Experientia id docet: sed et hoc diserte scribit idem Paulus in *L. pupillus*, 9. *de acq. her*. Nec quem moveat quod pupillus quodvis negotium cum tutoris auctoritate gerere potest etiam ut obligetur. *Hoc enim*, ait ibidem Paulus, *favorabiliter ei præstatur*. Neque vero quod favore ejus inductum est adversus eum converti debet, ut existimetur intelligere quod gestum est quo illi hæc opinio noceat, *L. quod favore, C. de leg.* Quare pupilli non intelligentis quid agatur, eoque nec in id consentientis, ut nulla vera est promissio, sic nullum jusjurandum. Quod si pupilli jusjurandum nullum est, fit id quod Paulus scribit in *d. L. qui jurasse*, ut pupillus qui juravit lingua, si id non servet, non ideo pejeret, qui re vera prius non juravit. Non est enim perjurium, nisi cum fit adversus jusjurandum. Sane in rebus præteritis accidere potest ut pupillus pubertati proximus juret falsum sciens; quod vere perjurium est et delictum etiam in ea ætate vindicandum, *C. 1. Extr. de del. puror*. Sed hæc intelligentia impuberis in res præteritas tantum cadit et eas quæ percipi et sciri possunt etiam ab impuberibus, quas easdem scivisse probetur is qui juravit. Nulla ejusmodi intelligentia aut sensus impuberum in rebus contrahendis, ut scire possint quid agatur, quamque id utile sit aut inutile quod geritur, possintque dici ex animo in id (6) consentire. Quod si im-

(5) Itaque evidens discrimen inter juramentum quod vulgo assertorium et quod promissorium, itemque quod confirmatorium contractus; quia et Bartolus ad h. auth. inter posteriora duo quoque differentiam hic agnoscit. Accedit, quod crebrius est, stilo notariorum instrumentis inscritur juramentum, citra partium expressionem, Asin. *de Exsec.* §. 9. *Cap.* 339. *n.* 2. *fol.* 945.

(6) Tum libera voluntate, tum etiam certa sententia. Unde necesse esse volunt ut sciat se minorem esse, Trentacinq. 2. *Pract. Resol. Tit. de Minorib. Resol.* 1. *n.* 18. quia, ait, jurando ætatis beneficio renunciat. Ergo id sibi competere ut sciat oportet per *L.* 19. *de inoff.* Et hoc omnes præsupponere qui in sequenti quæstione variant scribit Asin. *de Exsec.* §. 9. *Cap.* 135. Hinc quæsitum est an minor certior prius de jure suo fieri debeat, ita ut alias locus non sit huic auth. Varieque certatum est et utraque opinio ab asseclis suis communis perhibetur, ut per relatos a Beuckendorf. *ad Seraphin. Privil. juram.* 83. *n.* 3. *et* 4. et Trentacinq. *d. Resol.* 1. *n.* 14. et vix constare utra sit receptior, Pinell. ad *L.* 2. *Cod. de resc. vend.* *P.* 3. *Cap.* 1. *n.* 10. Qui ajunt, ut Dynus, Cynus, Salicetus et alii (quos confertim citat Tiraq. ad *L.* 8. *C. de revoc. don. in præfat.* *n.* 146. et iis quos mox pro contraria opinione citabimus) ac Sichard. *hic n.* 12. Moventur. 1.° Quod in minore probabilis juris ignorantia 2.° argum. *d. L.* 19. *de inof.* at quod jurijurando huic vis tributa sit renunciationis. Nemo autem renunciat iis quæ ignorat. Unde de Velleiano renuncians certiorandus ut *supra Lib.* 12. *Cap. ult. N.* 4. 3.° quia nec alias ad incogitata refertur sacramentum ut *infra N.* 21. 4.° Unde nec juramento impeditur condictio indeb. ti, Mau-

puberum, qui cum jurant scientes non fallunt, perjurium nullum est quamvis contra quam jurarunt faciant: licet jam colligere concurrere omnia cum in verbis tum in sententia hujus constitutionis, itemque in auctoritate reliqui juris, quo efficiatur sacramenta impuberum non necesse esse servari similiter ut puberum: proinde impuberibus, quamvis juratis, semper superesse adversus jusjurandum temere et nullo sensu interpositum in integrum restitutionem.

Ait, *super contractibus.* Contractus hic usitato more generaliter accipiemus omnes puberum conventiones ex quibus obligatio oritur, id est non eas tantum ex quibus mutuæ sunt obligationes, qualis est emptio venditio, locatio conductio, societas, permutatio: de quibus interdum contractus verbum angustiore significatione accipi solet, *L. Labeo libro, D. de verb. signif.* sed et eas, ex (7) quibus vel unus obligatur, qualis est stipulatio, mutuum: ut intelligamus, si pubes stipulanti quid promiserit, si mutuam pecuniam acceperit ita ut jure obligaretur et jusjurandum interposuerit, generaliter caveri hac constitutione sacramentum inviolabiliter esse servandum: proinde nec locum esse restitutioni. Hanc interpretationem non obscure et significatio atque usus verbi et ratio, id est sententia hujus constitutionis exigunt. Nam usitate et stipulatio et quæcumque aliæ sunt conventiones ex quibus quis obligatur, etiam si unus tantum, nihilominus contractus appellantur, *L. non solum, D. de obl. et act.* Eaque plane verbi significatio est in illa divisione juris, cum obligationes esse dicimus ex contractu, maleficio: contrahi autem aut de re, ut mutuo, aut verbis, id est stipulatione, aut literis, aut consensu. *§. ult. Inst. de obl. L. 1. D. eod.* Ratio autem et sententia constitutionis hæc est, ne pubes pejerans audiatur, ne magistratus neve Princeps cuiquam perjurii auctor fiat, ut declaratur apertius in *L. 1. C. si adv. vind.* Non minus autem pejerat qui obligatus est solus quam qui obligatus est cum alio, si juratus adversus jusjurandum facit.

Ait, *super contractibus rerum suarum.* Ne quis hæc verba sic accipiat quasi hic appellentur ii contractus tantum, in quibus puberes de rebus suis distrahendis alienandisve, aut de earum usu quid cum alio contrahant, ut fit in emptionibus, permutationibus, divisionibus rerum, locationibus. Ridiculum est enim, si quis in his tantum sacramentum puberis servandum putet, cum nihilominus in aliis cavens et se nullam de re contracta controversiam facturum jurans, si contra faciat, pejeret. Quod sententia constitutionis postulat, hoc et verborum significatio admittit, ut contractum rerum pu-

ric. *de Rest. in int. Cap.* 113. *n* 8. 5.° Nec ad id alias trahitur, quod jurans verisimiliter noluisse creditur. *L. ult. C. de non num. pec. L. ult. D. Qui satisd. cog.* 6. Denique benignius ætatis fragilitati subvenire, captionibus occurrere. Qui abnuunt, ut noviores plerique, præter veteres ab iis relatos, Mauric. *de Rest. in int. Cap.* 113. *et seq.* Pinel. *d. n.* 10. Padilla ad *d. L.* 2. *C. de resc. vend. n.* 34 Cogn. *ibid. n.* 107. Trentacinq. *d. n.* 14. Asin. *de Exsec. §.* 9. *Cap.* 134. *et seq.* Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 4. *n.* 11. Gutier. *ad h. auth. n.* 114. *et de Juram. confirmator. P.* 1. *Cap.* 71. Wes. *Cons.* 23. *n.* 52. Gomez. 2. *Resol.* 14. *n.* 18. Ant. Gabr. *Lib.* 2. *Tit. de jurej. Concl.* 4. Busius ad *L.* 1. *de jurej. n* 4. Gail. 2. *Obs.* 41. *n.* 5. (usu Cameræ imperialis comprobans) sequentibus innituntur argumentis. 1.° quia *hæc auth. et L. præced.* nuda præstatione juramenti restitutionem excludunt. 2.° Nec spectatur certioratio in eo, quin LL. ignorantiam et infirmitatem minoris præsupponant, religioni sacramenti favorem ætatis postlıabentes. 3.° Vis ipsius juramenti, ut majorem fingat. Ergo certioratione non opus. 4.° Idem vim habet specialis consensus et renunciationis, ac virtutem cui xæ voluntatis per *L.* 77. *§. filius matrem* 23*l de leg.* 2. qua ratione mulier quoque non certiorata, juramento beneficio Vellejani excluditur, *Cap.* 9. *de jurej.* Gail. *d. n.* 5. *et n.* 9. 5.° Juramentum super facto extenditur ad omne jus quod undecunque nasci ex eo poterat, *L.* 13. *§.* 2. *L.* 28. *§.* 6. *de jurej.* Gail. *ibid.* Gutierr. *hic. n.* 114. Wesenb. *d. n.* 52 6.° Eo ipso quod jurat, certus juris sui creditur, nec intelligitur temere, re non explorata, ad jurandum prosiliisse, Wesenb. *d. n.* 52. modo de facto certus sit quid agatur, Asin. *d. Cap* 134. Vel 7.° saltem in genere de quocunque remedio etiam implicite cogitavit, idque satis est argum. *L.* 7. *de rest. mil.* Mauric. *d. Cap.* 113. *n.* 9. Gutier. et Gail. *dd. loc.* Denique 8.° imputandum minori quod non consuluerit peritiores quid ex negocio detrimenti capere posset, Mauric. *Cap seq. n.* 9. Cautius tamen esse tradunt ut contrahens cum minore, quo securior reddatur, præmoneat istum, idque ipsum instrumento contractus vel renunciationis inseri curet, Gutierr. *hic n* 116. Gail. *d. loc. n.* 9. Et ita habes quid nostri sentiant, congestis rationibus dispersis. Quid sentire velis ipse constituas. Pergendum ad alia.

(7) Nam et hi nomine contractus veniunt, et ita Sichard. *hic n.* 34. Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 4. *n.* 12. de communi testatus. Idemque in contractibus innominatis, Parlador. *ibid. n.* 23.

beris interpretemur contractum omnem (8) quo pubes ipse obligetur. Revera enim quisquis obligatur, de suis rebus præstandis obligatur: ut in re a nobis contracta non possit dici obligatio. Nam cum omnis obligatio aut in dando sit aut in faciendo, *L. 2. D. de verb. obl.* si in dando est, non potest debitor dare nisi res suas, *L. nemo plus, D. de reg. jur.* si in faciendo, etiam fa tum quod præstamus nostrum est: atque hoc non præstito, exitus obligationis is est ut pecuniam hic quoque dari oporteat, *L. stipulatione non dividuntur*, vers. *Celsus, D. de verb. obl.* Sed si omnis contractus puberis est contractus de rebus puberis, an non, cum contractus nominasset constitutio, supervacuum fuit addere *rerum suarum?* Sane fuisset supervacuum, si prius nominasset contractus puberum. Nunc autem prius simpliciter contractus nominati erant. Ita hoc restabat ut sciretur de quorum contractibus loqueretur constitutio. Addit ergo *rerum suarum*, quo horum ipsorum puberum contractus intelligerentur: ut perinde hæc adjectio valeat, quasi dictum esset sacramenta puberum facta super contractibus ipsorum seu de rebus ad ipsos pertinentibus retractandis, inviolabiliter serventur. Hoc autem additum, ut contractus alieni removerentur; ne quis scilicet putaret sacramenta puberum etiam ibi servanda cum jurassent super contractibus alienis, caventes, puta, (9) jurante que promissorem alieni contractus facturum quod promisit nec contra venturum. In quo nulla est obligatio jurantis: quia si id exigitur ab eo

(8) Quia idem statuunt in quasi contractibus, Gutierr. *hic n.* 118. Seraphin. *Privil. juram.* 83. *n.* 31. Tiraq. *post LL. Connub. Gl.* 5. *n.* 126. Confer. not. *supra Lib.* 15. *Cap.* 14. *N.* 1. Itemque et in judiciis, cum in his quasi contrahatur, Sichard. *h. n.* 3j. Gutierr. *n.* 127. Tiraq. *d. Gl.* 5. *n.* 208 Parlador. *d. Cap.* 4. *n.* 19. Idem in distractibus, liberationibus, acceptilationibus et renunciationibus, ut multis auctoritatibus firmant Tiraq. *d. Gl.* 5. *n.* 7. et Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 11. *n.* 10. et probant Sichard. *h. n.* 34. (quia contrariorum, ait, eadem disciplina) Gomez. 2. *Var. Resol.* 14. *n.* 18. Seraphin. *d. Privil.* 83. *N.* 33. Parlador. *d. Cap.* 4. *n.* 15. Cels. Bargal. *Lib.* 2. *de Dolo Cap. vel Tit. de dolo dante caussam etc. n.* 48. et transactione ac compromisso, Parlador. *d. Cap.* 4. *n.* 17. et donatione post alios relate Tiraq. *d. Gl.* 5. *n.* 49. Wesemb. *Cons.* 23. *n.* 27. Quod in donatione solum ob caussam quidam recipiunt, non in temeraria, inconsulta, aut profusa, vid. Parlador. *d. Cap.* 4. *n.* 12. Nec refert ante contractum aut negocium, vel in eo intervenerit, an postea accesserit juramentum, Gomez. *d. n.* 18 Parlador. *d. Cap.* 4. *n.* 20. Modo ipse juraverit, vid. *N. seq.* et ei ipsi, cum quo contrahit. Non si absente eo postea, etsi coram testibus et notario, ita Sichard. ad *L.* 1. *C. h. tit. n.* 3. *per text. L.* 6. §. 3. *de confess.* Quod jure utique verum puto quoad obligationem firmiorem pariendam adversario, non quoad religionem jurisjurandi et reatum perjurii. Cæterum ex quo invaluit notarios alteri recte stipulari, vid. Donel ad *L.* 38. *tit. de V. O.* §. 17. *n.* 29. illud vix obtineri usu fori posse reor. Confer not. *d. Lib.* 12. *Cap.* 18. *N.* 6. Quid si jusjurandum generale præcessit de non impugnando ullo contractu postea gerendo? Contractum non confirmari post Castr. Asin. *de Exsec.* §. 9. *Cap.* 354. et communem vocat Jas. *h. l.* 75. referente Parlador. *d. Cap.* 4. *n.* 21. qui tamen post Bartol. Bald. et Fulgos. contra statuit. Et Sicard. *hic n.* 37. *et seq.* ita valere vult, si publica persona judicis vel notarii nomine absentium receperit sacramentum. Mihi hæc opinio vel nova hac ratione suspecta, quia ita minor ipse sibi quoque facto veniam ætatis tribuere posset, modo expeditissimo minuendi Principis eminentiam, cui id soli servatum est, vid. *Cap. præced. N.* 23. Plane quod idem conscientiæ labe immunis sit contraveniens asseverare non ausim, vid. *not. infra. N.* 15.

(9) Ut nec minor sic jurans obligetur, Donellus *hic* et citati *supra in not. Lib.* 12. *Cap.* 19. N. 12. Add. Covar. *ad Cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *P.* 2. §. 5. nec ex alterius (nisi cui ad istud speciale dedit mandatum erg. *Cap. ult. de juram. cal. in* 6. Parlad. 2. *Quotid.* 4. *n.* 22.) jurejurando. Ne quidem si tutor aut curator juraverit, Seraphin. *Privil. juram.* 83. *n.* 78. post plures Asin. *de Exsecut. Cap.* 135. vers. *quinto limitatur.* Atqui hinc est, nec aliunde ratio petenda, quod ecclesia etiam adversus contractus juratos prælati vel episcopi restituitur, *per Cap.* 1. *et ibi Gl. ac Ct. de resti. in int. in* 6. *Cap. præsentium de testib. in* 6. Seraphin. *Privil. juram.* 83. *n.* 76. Asin. *d. Tr. C.* 136. Vasq. 1. *Contr. usufreq.* 9. *n.* 27. Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 4. *n.* 37. ita omnes, uno Curtio Juniore dempto, sentire referens Sichard. *hic n.* 24. et Gutierr. *n.* 141. *et seq.* Etsi hi in eo fere rationem ponant, quod majus hic privilegium ecclesiæ quam minori, et inde nullo juramento fingi possit ut ecclesia habeatur pro majore. Quare nec aliud in civitate et republica aut universitate, tametsi utrobique qui nomine ecclesiæ vel collegii etc. contraxerunt, jurejurando suo obstringuntur, argum. *L.* 2. *de reb. cred.* Parlad. *d. Cap.* 4. *n.* 16. *et n.* 37. Quamquam si per syndicum universitas contraxit isque juravit, illam non restitui, etsi contraveniendo ipsa perjura dici nequeat, cum animam non habeat, velit Seraphin. *d. Privil.* 83. *n.* 26. et Asin. *d. Cap.* 136. Rempublicam majorem hic haberi quoad firmitatem contractus. Vinculum autem religionis solum jurantem et mandantes afficere.

ut impediat promissorem ne contra quam cavit faciat, exigitur ab eo quod ipse præstare non potest: rei autem impossibilis nullum est jusjurandum, ut si quis juret se mare ebibiturum, aut digito cœlum tacturum. Sin id agitur ut, promissore non faciente quod promisit, tum pubes qui juravit alium facturum, id præstet; hic jam non agitur de jurejurando servando quod aperte servatum non est, sed ut pubes obligetur. Porro nemo alium daturum facturumve promittens obligatur ut idem præstet, quia nec in id consensit nec, si consensisset, verbis promisit, ut ostendi ad *L. inter*, 83. *D. de verbor. obligat.*

Ait, *super contractibus rerum suarum non retractandis.* Aperte his verbis ii contractus significantur tantum qui (10) jure valent,

(10) Consent. Coras. *ad L.* 5. *C. de LL. n.* 21. Busius *ad L.* 1. *de jurejur. n.* 4. Jo. Imbert. *Enchirid. juris Gallic v. Jurisjurandi effectus pag.* 212, *et seq.* Barthol. Kellenbenz. *de Renunciat. success. Quæst.* 4. *n.* 10. et fere Scip Gentil. 3. *de Donat. int. vir.* 25. ac Anton. Fab. 39. *Err. Pragm.* 2. 3. 4. *et* 41. *Err. Pragm.* 4. *et* 5. Et Duar. *ad h. tit. C.* de jure validis, sed restitutioni obnoxiis equidem loqui *præced. L.* 1. ne *d. L.* 5. *C. de LL.* pugnet. (Quod et Mudæ. *ibid. ex verb. perfidia* confirmat.) Ast *hanc auth.* generatius accipit, sed iniquam esse contendit ut *supra* N. 1. Quomodo et Sichard. ad *d. L.* 1. *n.* 5. Nam *L.* 1. est de confirmatione contractus per jusjurandum. Ubi id accessorii loco, ratione contractus; proinde, sit invalido principali et ipsum juramentum. Hinc cetus illa lis inter Bulgarum qui *d. L.* 1. de alienatione rite facta exaudiebat, et Martinum qui generalius restitutionem, quæcunque alienatio esset, negabat. Hæc lis cum totam Juris prudentiæ scholam conturbaret, tandem Fridericum Imper. *d. auth.* Martini sententiam com robasse volunt: alias ajunt *hæc auth.* nihil *d. L. præced.* addidisset et indecisam quæstionem reliquisset. Quæ recentior opinio Franc. de Caldas ad *L.* 3. *C. de in int. rest. in definit.* v. *Minorib. n.* 2. quam sequitur Gutierr. *hic n.* 12. (qui corrupte Federicum vocat, ut et alias plures nostratis linguæ imperiti Fœdericum tanquam a fœdere deducatur, quod Cuspinianus *in vita Frider.* 1. *sub. fin.* refellit) Et *n.* 23. ab ea, tanquam quæ usu fori probata et in mores pervaserit, judici et consulenti non discedendum esse. Et Sichard. ad *d. L.* 1 *n.* 5 Fridericum per errorem sequutum esse opinionem Martini at *hic n.* 8. dissensionem illam lego sua compsuisse, ac Parlador. 2. *Rer. Quot. d.* 4. *n.* 1. ad hoc (quod *h. auth.* ad irritos quoque contractus pertinent) vel sexcentus allegari posse memorat. Non desunt tamen qui *d. auth.* de nulla confirmatione contractus vel negocii, validi alias aut invalidi, extendunt, sed de juramenti effectu personali, vid. *not. infra.* N. 16. Ceterum ipsique DD vulgo hoc restringunt ad contractus nullos ratione ætatis, qui videlicet, si a majore gesti fuissent, jure rati forent et efficaces; veluti si res soli sine decreto alienavit, si sine curatore contraxit, Parlador. *d. n.* 1 Gail. 2. *Observ.* 41. *n.* 12. quibus exemplis passim utuntur. Nam qui contractus aut negocia nec inter majores tenerent, ad ea vim simplicis jurisjurandi non extendi sentiunt, sive ipso jure non valeant; ut alienatio fundi dotalis aut rei cujus ususfructus alteri est, Seraphin. *Privileg. jurament.* 83. *n.* 43. *et seqq.* Gail. 2. *Observ.* 65. *n.* 8. sive remedio aliquo rescindi queant, ut si læsio enormis ex *L.* 2. *de resc. vend.* Bronch. 1. *Enant.* 62. Simoncell. *de Decret. solemn. v. in contract. minor. Lib.* 3. *Tit.* 8. *Inspect. ult. n.* 206. *et seqq.* et alii mox citandi. Atque ita qui illinc vim *auth.* nostræ ultra verba et sententiam porrigunt, hinc et parte alia (contra eandem sententiam) minuunt et restringunt. Unde quandam duos effectus simplicis jurisjurandi minoris legimus: 1.° nullitatem solemnium respiciens, quo contractus validus fiat. 2.° restitutionem in integrum, quo irrevocabilis, Caldas *d. v. Minorib. n.* 2. Sicherd *hic n.* 16. (ubi 3.° addit quod forum adjiciat, qui tamen non hujus loci) et Gail. 2. *Observ.* 41. *n.* 12 post Jas. *hic n.* 33 *et n.* 46 id non de nullitate alia aliisve solemnibus quam quæ ratione ætatis minoris legibus exiguntur, exaudiendum, Seraphin. *Privil. juram.* 83. *n.* 43. ne ipsi secum DD. pugnent. Apud quos decantatissimum istud: Jurejurando minorem majorem solum fingi et haberi. Per id defectus ætatis suppleri, non alios, post alios Simoncell. *de Decret. minor. Lib.* 3. *Tit.* 8. *Inspect. ult. p.* 215. Seraphin. *d. n.* 43. *et seqq.* Gail. 2. *Observ.* 41. *n.* 12. *et Obs.* 65. *n.* 6. *et* 7. Cagnol. ad *L.* 2. *C. de resc. vend. n.* 111. Gutierr. *hic n.* 32 *et n.* 86. Fr. de Caldas ad *L.* 2. *Cod. de in int. restit. in definit. v. læsis. n.* 1. Asin. *de Exsecut.* §. 9. *Cas.* 310. et passim. Convenit Azo *Summa. C. si adv. vend. n.* 3. *et* 4. Quod tamen axioma Hartman Pist. *Lib.* 4. *Quæst.* 6. *n.* 9. *et* 10. de *aliis* iis defectibus accipiendum vult, quorum ob ipsa sacramenti religione et observatione separata ratio haberi potest, ut est læsio ultra dimidium et similes Non qui ab ea ita dependent ut divelli nequeant, veluti si filia minor jurato renunciet successioni *Cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. Quia enim hic omnis vis a juramento pendet, absque quo nihil actum esset, ex quo jure canonico vinculo talis juramenti obstringitur filia, inde pactum ipsum robur accipiat oportet. Proinde, postquam juramentum præstitum ætatis defectum supplevit, simul etiam defectum juris, id est impedimentum juris civilis, religioni jurisjurandi cedentis removit. Huc facit aliud nostrorum non minus vulgatum; Jusjurandum naturam, qualitates et conditiones omnes actus ejus cui accedit, recipere; post alios Tiraq. *de Jure constit. possess. P.* 3. *limit.* 7. *n.* 35. *et* 2. *seqq.* Cacheran. *Decis.* 41. *n.* 5. Coler. *Cons.*

Primum quod qui jure non valent, contractus non sunt, quippe qui habeantur pro infecti, *L. non dubium, C. de legib.* Deinde quod non alii possunt retractari quam qui jure valuerunt. Retractare enim est rescindere quod gestum est: non rescinditur autem, aut rumpitur, quod prius nullum fuit, id est quod prius jure non valuit. *L.* 5. *D. de injust. rupt. et ir. fac. test.* Quid ergo dicemus, si quid pubes gesserit, contraxerit quod ipso jure non valeat quia improbetur jure civili, et tamen juraverit se id servaturum; an jusjurandum hac constitutione non teneri necesse in ea caussa, ut invito sit servandum; non obstare denique quominus pubes quod ex ea caussa tradidit, recte revocet; quod non tradidit jure suo retineat ut fieret nullo interposito jurejurando? Exempla hæc sunt. Pubes (11) curatorem habens res aliquas vendidit sine

28. *n.* 275. *et seqq.* Covar. *in Cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6 *P.* 1. §. 4. *n.* 1. *per L. ult. Cod. de non num. pec. L. ult. Cod. de lib. ca. L. ult. D. Qui satisd. cog. Cap. quemadmodum* 25. *princ. Extr. de jurejur.* Hartm. Pistor. *Lib.* 4. *Q.* 12. *n.* 2. Hering. *de Fidejuss. Cap.* 9. *n.* 99. *et Cap.* 27. *p.* 1. *n.* 42. Unde herbæ betonicæ comparatur, Martin. Monter. *Decis. Arrag.* 5. *n.* 42. Item mercurio qualitates suas pro natura stellæ, cui conjungitur mutanti, et polypo colorem rei cui adhæret adsumenti (quo de Aristot. 9. *Histor. animal.* 37. Plin *Lib.* 9. *Cap.* 29. Plutarch. *QQ. natural. Cap.* 19. *et de Solert. animal.* Solin. *Polyst. Cap.* 43.) et exhibenti Beust. *ad Rub. D. de jurejur. n.* 35. Et quod non augeat obligationem extrinsecus, sed intra suos limites manenti vinculum religionis et conscientiæ annectat, tradit Muunoz. de Escobar. *de Ratiocin. Cap.* 4. *n.* 8. et Hering. *d. Cap.* 27. *p.* 1. *n.* 43. Quam regulam declarat Covar. *in Cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *p.* 1. §. 4. quod de natura primordiali accipi debeat, non de accidentali etc. Tametsi illam repudiet post Jasonem Moller. 1. *Semestr.* 16. *n.* 8. Sed et alia DD. regula est. Juramento unico duos vel pluras defectus non suppleri Gail. 2. *Observ.* 42. *n.* 11. Etsi alii jurisjurandi auctoritate omnium solemnitatum defectus suppleri, Anton. Fab. *Cod. suo hoc tit. si adv. vend. defin.* 4. *n.* 2. Wesenb. *Cons.* 23. *n.* 22. post alios quos citat. Quare, quia vigore *hujus auth.* minorem solum *ficte* majorem ex sacramento reddi putant; exinde si læsio dimidia pretii major, restitutionem non negandam censet, eo quod et hic *vere* major jure communi *d. L.* 2. *C. de resc. vendit.* juvaretur, Sichard. *hic n.* 45. Simoncell. *de Decret. etc. d. Tit.* 8. *n.* 212. *et seqq.* Caldas *d. v. læsis n.* 1. Gomez. 2 2. *Resol.* 14. *n.* 20. Cuguel. ad *L.* 2. *C. de resc. vend. n.* 111. Pinell. *ibid. P.* 3. *Cap.* 1. *n.* 9. et Padilla *n.* 33. argum. *L.* 1. *C. si maj. fact. rat. hab. al.* Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 4. *n.* 24. *et n.* 29. Seraphin. *supra d. loc.* Gutierr. *hic n.* 86. Dambuder. *Praxi civil Cap.* 48. *n.* 30. Anton. Fab. *C. suo de in int. rest defin.* 1. Peguera *Decis.* 153. Fachin. 3. *Contr.* 14. Bronch. 1. *Enant.* 62. Tametsi si major ita juraverit, ne alias juramentum nullius sit effectus, eidem beneficium. *d. L.* 2. plerique ex illis denegent, de qua et vid. Asin. *de Exsecut. Cap.* 148. *et seq.* Excipientes tamen, nisi nimium excedens læsio quam enormissimam dicunt, in qua tamen definienda variant, de quo *infra N.* 20. Sed et superiorum quidam inde restitutionem indulgent, quod tam immodica læsio ipsa in se dolum contineat, Fach. *d. Cap.* 14. Seraphin. *d. Priv.* 83. *n.* 97. Satner. 1. *de Juram.* 11. *n.* 6. *et seqq.* Atqui hic non verus dolus, alioqui tam contractus quam juramentum ipso jure non valerent ut *infra N.* 20. Proinde nec restitutioni locus. Et si hæc genuina ratio, hoc in quocunque quibuscunque verbis concepto sacramento obtinere debebit. Jam vero communis doctrina est ita quidem superesse *d. L.* 2. *C. de resc. vend.* aliudve remedium minori, si vel juravit se non contraventurum ratione ætatis, (qui casus minus dubii ex brocardico illo: Limitatæ caussæ effectus quoque talis) Simoncell. *d. Tit.* 8. *n.* 207. vel simpliciter se contractum servaturum, non contraventurum. Secus si vel aperte juravit se nec ratione læsionis aut minoris pretii impugnaturum contractum; vel si ita late verba concepta, quod nec ætatis beneficio uti, nec alia quacunque ratione vel caussa contra venire velit, Simoncell. *d. Tit.* 8. *n.* 211. *et n.* 215. *et seqq.* Pinel. *d. n.* 9. Asin. *de Exsecut.* §. 9. *Cap* 339. *n.* 2. *fol.* 945. Parlad. *d. Cap.* 4. *n.* 29. Seraphin. *d. Privil.* 83. *n.* 44. Gutierr. *hic n.* 88. ubi hanc cautelam notandam dicit contracturus cum minoribus. Qua tamen, ne adulti in illis circumscribendis abutantur, graviter monet Parlad. *d. n.* 29. Hinc gravis disceptio si juraverit minor se non impugnaturum *quacunque ratione* (si nempe illa non præcesserint *nec ætatis nec alia etc.* item *nullo modo, pacto vel via*) anne medium læsionis amittat? Vulgaris opinio affirmat ex vi voculæ universalis. Quam tamen alii restringunt et cohibent ut intelligatur *nullo* scilicet ratione ætatis, Simoncell. *d. loc. n.* 113. (modo, ait, quoquo modo ex aliis instrumenti contentis restrictio fieri possit, ut si in eodem dicatur: *sciens se minorem esse etc. leg. L. Titia,* 135. §. 1. *de V. O.*) Et æquiorem ac veriorem vocat multisque propugnat Seraphin. *d. Privil.* 83. *n.* 97. *et seqq.* subdens tamen *sub. fin. n.* 111. a probatiore alia consulendo et judicando tuto non discedi.

(11) Exemplum non conveniens. Nam contractum hunc jure communi subsistere, si nihil aliud obsistat, verius est, vid. *supra Lib.* 12. *Cap.* 22. *N.* 7. Tametsi et DD. vulgo hoc eodem exemplo passim utantur, dum *auth. h.* ad contractus jure nullos porrigunt, ut *N. praeced.* Atque eo ipso quod

curatoris auctoritate. Jure nihil actom est, *L.* 3. *C. de in integ. rest t. min.* Idem curatoris auctoritate prædium vendidit, sed sine decretu magistratus. Nulla est alienatio, quia lex prædia minorum sine decreto alienari vetat, *L.* 1. et toto Titulo *D. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt, L. si quidem, C. de præd. mino.* Item uxor pubes marito prædium dotale alienanti consensit. Nulla hæc quoque alienatiu est quæ lege inhibetur, *Instit. quib. al. lic. vel non.* in prin. Finge tamen puberem in his omnibus interposuisse jusjurandum nihil se adversus ea quæ convenissent facturum. Quæro an non impediatur hoc jurejurando quominus res quæ jure ipso ejus manserunt, vindicando recte revocet; si ab eo petantur, jure suo retineat ne cogatur in his jusjurandum servare. Et si verba hujus constitutionis sequimur, dicemus nullam hic necessitatem esse servandi jurisjurandi, sed puberi integram esse ut ante et vindicationem rei suæ et retentionem, quia constitutio de contractibus puberum non retractandis loquatur; in superioribus autem caussis, enm pubes adversus superiores conventiones res revocabit aut retinebit, non possit dici agi de ejus contractu qui nullus fuit: retractari contractum qui ipso jure non constitit. Sed de sententia constitutionis et auctoritate reliqui juris dubitari potest num hæc etiam in iis contractibus qui jure nun valent, eandem necessitatem inducant. Nam hac constitutione. ot et *L.* 1. *C. eod. tit. si adv. vend.* id agitur ut inhibeatur perjurium. Videtur autem pariter perjurium admitti, sive contractus valuit sive non valuit, ubi juratus contra jusjurandum faciat. Nec quem significatio superiorum verborum moverit. Non enim novum est verba abusive accipi ubi sententia legis postulet: ut quod in hac constitutione dicitur de contractibus non retractandis, abusive dictum intelligatur etiam de his qui ita habiti sunt a contrahentibus ut contractus essent et tales ab bis haberentur, jure tamen perfecti non essent. Nam et alias testamenta proprie illa dicuntur quæ jure perfecta sunt: sed abusive testamenta ea quoque appellamus quæ falsa sunt, vel injusta, vel irrita, vel rupta, itemque imperfecta: placetque et de bis testamenti verbum accipi in edicto de testamentis aperiendis, ex edicti nimirum sententia, *L.* 2. §. 1. *D. testa. quemad aper.* Ego autem iisdem istis rebus, sententia, inquam, hujus constitutionis et auctoritate reliqui juris moveor ut existimem in bis contractibus qui jure improbantur nihil obstare, non dico minori puberi, sed nec cuivis alii etiam majuri, interpositum super bis jusjurandum quominus quæ ex hujusmodi contractibus secuta sunt recte revocet, in eoque actionibus et retentionibus suis veteribus integris jure utatur. Auctoritas quidem juris veteris et anteriorum legum in hac re certa est: qua ita constitutum est, ut ea quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur. Sed etsi quid fuerit subsecutum ex eo, hoc item cassum sit atque inutile, ac secundum hanc regulam nec stipulatio hujusmodi teneat nec mandatum ullius sit momenti, nec sacramentum admittatur. Hæc proprie totidem verbis cauta in *L. non dubium*, circa finem, *C. de legib.* in quam sententiæ conveniunt, ut *L. jurisgentium. §. si paciscar, D. de pactis, L. si quis inquilinos,* 112. §. *ultim. D. de leg.* 1. (12) Quo jure posito, facile respondetur de perjurio, cujus metu videbatur hic quoque jusjurandum esse servandum ex *L.* 1. *Cod. si adv. vend.* Nullum est enim perjurium ubi nullum jusjurandum præcessit adversus quod facias. Hic autem jusjurandum adversus leges interpositum pro nullo esse effectum est. Quod ad sententiam hujus constitutionis attinet, hæc præcipue revocatur in dubium ab interpretibus. Concedunt omnes verba constitutionis, si proprie loqui volumus, non pertinere ad ea sacramenta quæ interposita sunt super iis contractibus, qui jure im-

jurejurando major fingitur, contractus juratos sine curatore valere argumt Wesenb. *Cons.* 213. *n.* 21. *et* 33. Asin. *de Exsecut.* §. 9. *Cap.* 339. et passim. Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 4. *n.* 3. Penitusque ab aliorum opinione alienum, quod Senatui Sabaudiæ placuit, Anton. Fab *C. sub. hoc tit. defin.* 5. *et de Rest. in int. defin.* 13. nec contractus puberum juratos sine curatoribus quos habent, valere, eo quod hi impuberibus comparandi sint. Etsi idem sentiat Barth. Kelleubeoz. *de Renunciat. success. Quæst.* 4. *n.* 10.

(12) Ad hoc respondit olim Martin. referente Sichardo *ad L.* 1. *C. hoc tit. n.* 6. et Gutierr. *hic n.* 14. loqui *dd. LL.* de actibus perpetuo vetitis ex perpetua caussa, veluti ne quis occidat, matrem uxorem ducat. Cujusmodi non sit alienatio rerum soli sine decreto, qui pe multis casibus licita. Et Jas. *hic* ac Gutierr. *ibid.* accipit *d. l.* 5 de negociis jure communi prohibitis. Secus quæ jure speciali certis personis etc. add. Covar. *ad Cap. quamvis.* 2. *de pact. in* 6. *P.* 2. *pr. n.* 7 Gail. 2. *Observ.* 39. *n.* 16.

probantur. Sed maximæ parti videtur sententia constitutionis ad eos etiam contractus pertinere: ut quanvis pubes quid gesserit, contraxerit quod jure ipso non valeat quia sit contra leges, si tamen sacramentum interposuerit nullam se de eo controversiam moturum, nihilominus is jurejurando teneatur, quod adversus eum debeat inviolabiliter servari ex bujus constitutionis sententia. Hoc sic interpretatur Accursius in verbo *contractibus* hic; quod, ut dixi, maxima pars interpretum secuta est. Utitur autem ille hoc argumento, quod nisi constitutio hæc generaliter accipitur tam de iis contractibus qui jure ipso non valent, quam qui valent; nihil ea adjicit juri veteri, id est legi Alexandri quæ est *L.* 1. *C. eod. tit. si adv. vend.* Atque hoc modo constitutio fit supervacua et inutilis. Nam lege Alexandri de jurejurando in contractibus puberum legitimis servando satis cautum erat. Optimum argumentum ad id efficiendum quod volunt, si modo verum esset quod ab illis sumitur. In omnibus enim legibus, testamentis, contractibus hæc perpetua lex interpretationis servatur, ut si quid ex verbis quoquo modo accipi potest sine quo lex aut oratio sit inutilis, id ipsum sumi debeat, quasi id senserint ii quorum ea oratio est, quibus propositum fuit aliquid agere. Utputa; lex ambigua oratione utitur, aut utitur ita generali ut dubites ad omnes species, an ad certam aliquam pertineat. In hac ambiguitate et incertitudine verborum placet id esse accipiendum, sine quo alioqui lex foret supervacua, ut declaratur exemplo *L.* 1. *circa finem*, *D. ad municip.* Amplius dicimus, quod propius hunc locum attingit, si quid lege aut testamento cautum sit eo verbo quod nisi improprie et abusive accipiatur cautio futura sit inutilis, placere hanc ipsam impropriam et abusivam significationem accipiendam esse quo mens legis aut testatoris retineatur, ne scilicet oratio ejus sit supervacua qui aliquid agi voluerit. Quod et ipsum declaratur apposito exemplo in *L. si quando*, 109. in pr. *D. de leg.* 1. Testator legavit uxori suæ quæ vivus ei donaverat. Si proprietatem verbi non abusum hic sequi volumus, dicemus non contineri legato eas donationes quas maritus in uxorem constante matrimonio contulit. Hæ enim donationes improbantur legibus, *L.* 1. 2. 3. *D. de don. int. vir. et uxo.* Et quæ donationes jure non consistunt, re vera donationes non sunt, quia jure pro infectis habentur, uti alia omnia quæ contra leges fiunt, *d. L. non dubium*, *C. de legib.* Atqui Africanus contra in *d. L. si quando*, respondet superiore legato non alias donationes contineri quam istas ipsas quæ jure non valuerunt. Non utique ex significatione verbi propria, sed ex abusu; et hoc, inquit, quia videatur testator de his solum sensisse: videatur autem ideo, alioqui frustra legaturus fuerit; et, ut idem postea aliis verbis repetit, quia legatum futurum fuerit inutile. Quibus exemplis concedo recte colligi etiam in hac constitutione Friderici, quod dicitur de contractibus puberum ob sacramentum ab his interpositum non retractandis, ex sententia loquentis abusive et improprie dictum, accipiendum esse etiam de iis contractibus, qui jure non valuerunt; si modo aliter interpretantibus constitutio futura sit supervacua et, ut Accursius scribit, si ea constitutio alioqui nihil adjiciat juri veteri. Ratio igitur, ut dixi, optima et consequens, si modo etiam verum sit quod ille sumit, constitutionem hanc nihil adjicere rescripto Alexandri superiori quo de eodem jurejurando minorum cautum est. Hoc vero illi concedi non oportet quod utriusque legis collatio proposita multis modis falsum esse declarabit; et quidem ita ut, quanvis intelligamus constitutionem hanc cavere solum de sacramentis puberum interpositis super contractibus iis qui alioqui jure valuerunt, nihilominus appareat constitutionem de eodem genere non modo non esse inutilem, sed etiam multis modis esse necessariam; quia et pleraque adjiciat rescripto illi Alexandri, nonnulla detrahat: denique quia pleraque in illa temperet, atque interpretetur. Atque hæc illa sunt videlicet: lex Alexandri de minore indefinite et generaliter loquitur: constitutio Friderici ætates minorum discernit et jubet puberum duntaxat sacramenta servari. Lex Alexandri scripta est tantum de jurejurando in venditione minoris interposito servando: constitutio Friderici generalis est, cavens hoc idem in contractibus puberum omnibus. Alexander exigit in jurejurando minoris ut corporaliter præstitum sit: Fridericus de jurejurando præstito simpliciter idem cavens declarat nullum se ejusmodi corporalem tactum ad vim jurisjurandi desiderare. Sed ne hæc leviora persequar, unum animadvertendum est in primis necessarium, cujus etiam unius caussa constitutione Friderici vel maxime caveri debuerit, et jus illud superius rescripto Alexandri comprehensum temperari. Enimvero ita constitutio Friderici scripta est, ut liquido appareat eam ad illud

ipsum temperamentum constituendum in eadem specie fuisse ex professo comparatam. Quid enim Alexander illo rescripto? Generaliter et sine exceptione confirmat jusjurandum minoris, negatque se cuiquam perfidiæ et perjurii auctorem futurum. Quod sane et ad eos qui vi coacti jurassent pertinebat. Hic ergo commodum providit Friderici constitutio ne sic acciperetur eoque addidit exceptionem, atque ita cavit ut sacramenta minorum puberum interposita in rebus quæ ab iis contractæ essent servarentur, illa quidem ut Alexandri rescripto constitutum erat, sed ita si sponte facta essent; per vim autem extorta neminem tenerent, ac ne majores quidem. Non est igitur verum constitutionem hanc Friderici nihil adjicere juri veteri, eoque esse supervacuam; nisi in ea contractuum verbo intelligimus etiam eos qui vere non sunt, quia jure improbantur. Quod cum ita sit, recte jam defendemus non modo non hanc sententiam esse hujus constitutionis, ut sacramenta puberum super contractibus contra leges habitis interposita servanda sint, ut potius contra hanc constitutionis sententiam esse statui debeat non esse servanda. Quæ mens et sententia constitutionis multis argumentis juris civilis comprobatur. Mitto quod, cum ex verbis exquiritur sententia alicujus scripti, generaliter ita traditur nunquam a significatione verborum recedendum esse, nisi cum manifestum est aliud sensisse scriptorem, *L. non aliter, D. de leg.* 1. Nihil autem hic proponitur unde dici possit manifestum esse Fridericum de contractibus non retractandis loquentem a significatione propria horum verborum recedi voluisse, ut contractus illiciti continerentur qui non nisi abusive et contractus dici possent, et iidem retractari. Illud ad sententiam posterioris hujus constitutionis indicandam magis pertinet, quod prioribus legibus constanter ita jus constitutum fuit, ne jusjurandum de re contra leges contracta interpositum valeret. Sic enim in toto jure posteriorum legum sententia accepta est, ut dum hæ aperte non essent contrariæ, et maxime si alioqui supervacuæ non essent, placeret eas non modo non derogare prioribus, sed etiam si quid in his esset ambigui aut obscuri, ex prioribus esse interpretandas, totumque ad priorum sententiam referri. Indicant illæ sententiæ, ut priores leges ad posteriores, sic posteriores ad priores trahi, nisi sint contrariæ, *L. non est novum, L. sed et posteriores, D. de legib.* Item: quod posteriore lege specialiter expressum non est, id veterum legum constitutionumque regulis relictum intelligi debere, *L. præcipimus*, in fin. *C. de app.* Item: credendum non esse Romanum Principem qui jura tuetur, velle priores constitutiones recte positas verbis non aperte id significantibus everti, *L. si quando*, in pr. *C. de inoffic. testam.* Quare, cum constitutio Friderici specialiter et aperte non jubeat valere jusjurandum interpositum super iis contractibus qui jure improbantur, cum adeo verborum significatio refragetur; planum fit quod supra posui, constitutionem hanc ut verbis sic nec sententia jus vetus mutare. quod in isto genere contractuum sicut contractum ita et jusjurandum confirmandi caussa interpositum pariter improbat. Proinde quod puberes contraxerint lege vetante, in eo neque contractum ipsum per se valere, neque ullo jurejurando de ea re in fraudem legis interposito jurantem teneri; idque effici jure civili et vetere illo et hoc novo. Quominus autem dubitemus id statuere, sciamus id salubriter et recte constitutum. Nam cum leges bonæ sint, quæ quid fieri aut contrahi vetant; non potest non videri improba contumacia ejus qui (13) quovis modo conetur his obluctari et pervincere ut fiat quod illæ fieri nolunt. Cum autem earum etiam publica sit auctoritas, quibus omnes qui in civitate sunt parere oportet, *L. 2. D. de legib.* absurdum est esse in potestate cujusquam privati cum libet legem infringere, et cum recta non possit, concedi ei fraudem comminisci, ut quod aperte contra legem facere non potest id commento quæsito alia via consequatur; quod futurum est, si jusjurandum recipitur ad firmandum id quod lex fieri noluit. Minime vero hæc fraus ad bonas leges eludendas in quoquam privato ferenda est. Atque hinc illa dicta sunt: jus publicum pactis privatorum mutari non posse, *L. jus publicum, D. de pact.* Item: privatorum cautione legibus non esse refragandum, *L. quod bonis. §. 1. D. ad leg. falc.* Item: quod una via prohibitum est id alia admitti non debere, *C. cum quid, de reg. jur. in VI.* Atque

(13) Convenit Ant. Fab. 41. *Err. Prag. Cap.* 5. ubi statuit juris Canonici constitutiones de confirmationibus actuum jure invalidorum, veluti *renunciationis, successionis* etc. stricte accipi, nec ad alios casus protrahi debere. Neque enim ullam ita generalem esse ut omnes conventiones juratæ, quantumcunque legibus adversæ valerent. Alias legum, ait, omnium violandarum, prætextu adhibiti jurisjurandi, occasio captari poterit.

hæc de hujusmodi jurejurando juris civilis constitutio est.

Sed quod dicimus jusjurandum adversus leges interpositum hoc jure non valere nec quemquam eo teneri quasi frustra interposito, videndum an æque probandum sit ex verbo Dei. Nam si verbum Dei contra hoc jusjurandum servari jubet, nequidquam hic obtenduntur civiles et politicæ leges; cum voluntas et lex Dei summa sit lex et æterna cui leges et constitutiones humanas omnes subjici ac cedere oportet, juxta illud *Act.* 4 Deo obediendum esse magis quam hominibus. Paucis igitur, quid hic ex verbo Dei liceat aut non liceat videamus. Ego autem sic judico, (14) quod contra leges civiles interpositum sit jusjurandum, pariter et legibus et verbo Dei improbari, ut neutro jure obligationem adferat quo necesse sit servari. Id autem sic breviter colligi potest. Nullum turpe aut illicitum jusjurandum, nullum quod sit adversus voluntatem et legem Dei, quatenus tale est, est servandum. Omnem autem jusjurandum quod interponitur ut fiat quod lex civilis fieri non vult, puta ut obligetur quem lex obligari vetat, turpe est et illicitum, atque adeo contra ipsam legem Dei. Nullum igitur, quatenus adversus legem hæc obligatio petitur, est servandum. Quæ hic sumuntur non obscura esse arbitror. Primum convenit inter omnes nullum illicitum jusjurandum et contra legem Dei esse servandum, optima ratione quam eruditi quidam Theologi hic reddiderunt. Quod enim Deus fieri non vult, id nec juratos nec injuratos vult facere. Idque et Pontificii juris auctores non uno loco agnoscunt. Huc enim illa pertinent. non est obligatorium contra bonos mores jusjurandum. *C. non est obligatorium, de reg. jur. in VI*, et jusjurandum non est vinculum iniquitatis, *C. inter cætera*, 22. *q.* 4. *c. quanto Extr. de jurejur.* Jam vero testatur D. Paulus ad *Rom. c.* 13. magistratum, eoque et magistratus bonas leges esse ordinationem Dei; et qui magistratui, eoque et magistratus legibus resistit, ordini Dei resistere: ut plane verum sit illud alterum quod posui, si quod

(14) Quidquid noster hic satis argute et speciose disputet, ejus tamen sententiæ absolute et ita indistincte accedere religio est. Quin cum ex jurejurando duplex obligatio oriatur, altera quæ civilis recipienti istud acquiritur, altera spiritualis et primaria quæ ipsi Nomini Divino, *Ps.* 50. v. 14. Matth. 5. v. 33. *Cap. debitores.* 6. *Cap. etsi Christus* 26. *de jurej. Cap. quæcunque* 9. *Cap. ecce* 10. *Cap. juramenti*, 12. *Cap.* 22. *Q.* 5. *Cap. un.* 30. *Q.* 2. Covar. *ad Cap. quamvis*, 2 *de pact. in* 6. *P.* 1. §. 5. *n.* 1. Fortun. Garcia *ad Cap.* 1. *de pact. n.* 109 Fachin. 8. *Contr.* 102. illa quidem prior lege civili ne oriatur impediri potest; justeque leges sanciri queunt ne detur actio ei qui illicitum exegit jusjurandum, cum et improbitas ejus pœnarum severitate coerceri debeat: ast posterior nullo pacto eludenda. Nec vinculum jurisjurandi quod ex divinæ legis fontibus animam et conscientiam ligat, ulla humani legislatoris dispositione relaxari aut inde nata obligatio immutari potest, *ut not. vulgo in Cap.* 1. *et C. debitores* 6. *Extr. de Jurejur.* Seraphin. *Privileg. juramen.* 83. Garcia *ad d. Cap.* 1. *n.* 116. *p.* 114. Asin. *de Exsec.* §. 9. *Cap.* 165. *fol.* 747. *et seqq. et Cap.* 339. *fol.* 939. Jo. Emeric. Rosbach. *Misc. Q.* 1. et relati a Rauchb. *P.* 2. *Q.* 4. *n.* 74. *et seq.* Quotiescunque igitur qui coscientiam Deo obstrinxit illud quod pollicitus implere citra peccatum et absque alterius injuria potest, toties debet, omnisque privatæ rei jactura conscientiæ periculo posponenda, et si in eo peccaverit, forte quod juravit. Nam leges civiles suum tantum subsidium negare possunt. Et sane justissime negant, vetantes ne contractus tales jurati ineantur atque ut contra facientes plectantur vel mulctentur. Ast quatenus juramentum est res spiritualis conscientiam religione et Numinis metu adstringens, nihil jin illud ulli legislatori supremo Principi. Sed nec vere dicitur quemcunque contractum legibus irritum ineuntem eo ipso peccare, nedum jusjurandum quod ei accessit semper turpe esse ut noster hic. Nam, ut præter alios (ne immorer plurium sententias congerendo) Petr. Barbosa *in L.* 1. *D. Sol. matrim. P.* 1. *n.* 69 *et seqq.* quando Lex quid disponit in favorem alicujus, non est ejus intentio contravenientem obligare ad peccatum, argum. *L. nulla* 24. *de Legib.* quippe Lex ejus indemnitati solum consulere voluit, dum quod adversus suam prohibitionem gestum irritum facit. Veluti: Lex Julia vetat alienari fundum dotalem. Ejus vigore mulier alienationem revocare potest, sed non necessitas imponitur a lege ut revocet; quare si ratam manere sinat, nil peccat: et inde si alienatio jurejurando firmata, valida est. Quin etsi daretur jurando peccasse alienantem, non non tamen sequitur non teneri id observare in cujus observantia non veritur peccatum. Nam et cum Lex vetat juramentum interponi, etsi jurando peccetur; tamen, si quod juratur non continet in se peccatum, servandum est. Quia etsi L. vetare potest ne juretur, non tamen ne juratum servetur, ideoque servando non peccatur. Lex potest irritare simpliplicem promissionem qua obligatio soli parti quæritur (addo et efficere ne accedente juramento efficax fiat aut vires civiles sortiatur), non autem juratam qua obligatio Deo quæritur; quam legislator ut inferior tollere non potest, etc. ita Barbosa. Adde Asin. *de Exsec.* §. 9. *C.* 339. *fol.* 941. *etc. et infra N.* 16.

jusjurandum adversus leges civiles interponitur, id adversus ordinationem, id est voluntatem et legem Dei interponi. His vero positis, efficitur omnino quod dixi, hactenus hujusmodi jusjurandum tanquam illicitum non esse servandum. Licet hoc idem adversus plerosque juris Pontificii interpretes hoc modo colligere. Volunt illi, et recte volunt, non esse obligatorium contra bonos mores jusjurandum, *d. L. non est obligatorium. de reg. jur. in VI.* nempe ideo quia quod contra bonos mores est, idem est illicitum et turpe, *L. 5. D. de pact. dot.* Dicamus igitur eadem ratione, non esse obligatorium contra bonas leges et constitutiones jusjurandum, quia et hoc sit adversus ordinationem Dei; proinde et ipsum illicitum, nec magis ratum habendum. Quid ergo, dicet aliquis, si minor quid vendidit sine curatoris sui auctoritate, si vendidit prædium sine magistratus decreto et utrobique juravit se adversus venditionem nihil facturum; non licet ei quæ vendidit tradere aut quæ tradidit non repetere; non licet denique ei venditionem voluntate sua ratam habere, ut si ratam habet, aliquid illicitum faciat? Immo vero licet et per leges civiles, et per verbum Dei; nihil enim horum fieri prohibetur. Sed nos nun de his factis, verum de obligatione jurisjurandi ab initio interpositi quærimus. Hoc vero ab initio vetatur sic interponi ut quemquam obliget contra quam lex promittentem obligari voluit. Ideo ea gratia interpositum, tanquam hactenus illicitum et contra legem, non obligabit. Itaque qui juravit se quid de sua traditurum, aut traditum non revocaturum, id servabit si volet. Sed intelliget, si facit, se sua sponte id facere et tanquam donationis caussa: ut autem faciat, jurejurando quod ad obligationem contræ leges inducendam illicitum eoque et inutile fiat, non teneri. Hic tamen obstant nonnulla quæ qualia sint paucis cognoscamus. Primum objicitur præceptum legis divinæ notum. *Non usurpabis nomen Domini Dei tui temere* seu frustra: quo effici videtur ut quod hic juratum est præstari debeat: sic enim fiet ne frustra sit juratum. Sed non hæc hujus præcepti sententia est. Præceptum exigit ne tum eum usurpatur nomen Domini usurpetur temere et frustra: proinde ut, si juratur quid futurum, ne temere et illicite juretur. Ita in proposito ei qui contra legem contrahit præcipitur ne quid hic juret se facturum quo adversus eam legem obligetur. Quod si fecerit, non dubitabimus quin usurpans nomen Domini adversus legem, quia illicite fecit, statim ab initio adversus hoc præceptum commiserit. At non item præceptum eo pertinet ut, si quod ab initio juratum sit illicite, id necesse sit præstari postea. Quinimmo id fieri potius hoc eodem præcepto prohibetur. Nam, si eum qui illicite juravit se quid præstaturum id agens ut contra legem ad eam rem obligaretur, volumus tanquam obligatum id præstare propter nomen Domini ab eo usurpatum: quid aliud quam volumus eum in eadem temeraria numinis Dei usurpatione perseverare, confirmantem facto id in quo se prius illicite et contra legem obligari voluerat? Sufficit igitur ab initio jusjurandum esse illicitum, ut ex hoc præcepto non sit servandum. Objicitur præterea illud ex *Psal. 50.* quo jubemur reddere Domino Deo vota nostra. Sed et hoc convenit inter omnes dictum esse de votis licitis, non illicitis; idque verba satis ostendunt. Non enim potest dici aliquid reddi Deo nisi quod ille recipit. Illicita autem vota non modo non recipit Deus, sed etiam aversatur. Proinde frustra illicita vota jubeantur illi reddi quæ ipse nec exigit nec agnoscit. Postremo objicitur illa sententia *C. cum contingat*, in fin. *Ext. de jurej.* qua definiunt omne jusjurandum esse servandum quod sine detrimento salutis æternæ potest servari; ubi detrimentum salutis æternæ vocant æternum interitum qui in sacris literis dicitur mors æterna. Hujus autem mortis et interitus caussa est peccatum, juxta illud: *stipendium peccati mors*. Ita hoc intelligi volunt, omne jusjurandum esse servandum quod servari potest sine peccato. Quid autem minor delinquere intelligitur, si ex contractu adhibito jurejurando, fundum suum penes possessorem esse patiatur quod sine jurejurando atque alia conventione suo jure apud illum esse recte pati potuit? Et jam dixi ac nunc quoque idem verum esse agnosco, eum qui id faciat nihil delinquere. Sed an ad id jurejurando fuerit obligatus, cum contractum et obligationem jure inhiberi constaret, hoc illud est de quo nunc quæritur. Quam ad rem si refertur superior sententia, et in hac quoque specie, quia quod promissum erat sine peccato præstari potest, ideo jusjurandum servandum esse, idest necessitatem præstationis adferre intelligit; hactenus(***) *verum non esse faciendum est*. Semper enim tenebi-

(***) Immo sententia *Cap. cum contingat* et in eo in quo displicet Donello verissima, eamque facile tuentur omnes pontificii juris interpretes. Opportune vero monet vir ex-

mus omne jusjurandum adversus legem interpositum, idest ut id fiat quod lex vetat, quia adversus ordinationem Dei interpositum sit, statim ab initio esse illicitum: hinc evenire ut nec quemquam obliget; quia absurdum fit ut obliget eum quem lex et ordinatio Dei obligatum nolit: atque ita etjam fieri ut, quomodo isti loquuntur, nullum hujusmodi jusjurandum sit obligatorium. Stet igitur hæc sententia: quemadmodum adversus leges conventio interposita non valet, sic nec interpositum de eadem re jusjurandum valere ad obstringendum eum quem lex obligari noluit: idque ita jus esse non tantum ex legibus et constitutionibus civilibus, iisque et veteribus, et hac nova Friderici, sed etiam ex verbo Dei quod leges civiles bonas tanquam ordinationem Dei agnoscit, et ita his subjici nos jubet. Ut ergo ad constitutionem redeam, summa sit hæc hujus loci: quod dicitur in hac constitutione, sacramenta puberum esse servanda, interposita super contractibus eorum non retractandis: sciamus de iis contractibus dictum esse qui vere contractus sunt, quia jure valent et eo jure obligationem pariunt; de quibus ipsis puberes qui contraxerunt id agunt ut retractentur adversus jusjurandum a se interpositum, quod alioqui sine jurejurando beneficio ætatis consequi poterant. Ad eos contractus non pertinere qui jure improbantur, non solum quia verba hoc genus non admittant; cum nec proprie contractus sint quibus non contrahitur obligatio, nec dici possint contractus retractari qui nulli fuerunt; sed etiam quia sententia constitutionis repudiet, quæ postulat ut, si quid hic ambigui aut obscuri est, sic accipi debeat, non ut derogetur prioribus legibus quæ aperte et specialiter non mutantur, sed potius ad eas remittatur ex quibus interpretationem et legem accipiat; præsertim ubi ita interpretantibus lex hæc posterior aliquid prioribus adjiciat, eoque non sit inutilis aut supervacua futura. Didimus autem, ante hanc legem, certi et perpetui juris constitutionem hanc fuisse ut si quid contrahatur lege refragante, quemadmodum contractus non valet et factum pro infecto est; ita nec valeat jusjurandum de eadem interpositum utpote adhibitum ad eludendas bonas leges. Quod ipsum, quanvis cautum civilibus legibus, ne quis propter auctoritatem verbi Dei repudiaret, etiam verbo Dei consentaneum esse ostendimus.

Ait Fridericus, *inviolabiliter custodiantur*. Hoc cavet, ut sacramenta puberum interposita super iis contractibus de quibus diximus, idest qui jure ipso non improbantur, inviolabiliter serventur. Inviolabiliter valet ita, ut sacramenta hujusmodi (15) nullo jure nulloque remedio rescindi ac per hoc violari

quisitissimo judicio Cl. Osualdus in hunc Donelliani operis locum *N.* 14. Argumenta quibus communem pontificii juris interpretum sententiam convellere suamque stabilire conatur Donellus, speciosa et arguta potius esse quam solida. Quæ eadem Donelli sententiæ qualiacunque momenta refellit *ibidem* doctissimum Hilligerus. Hanc quoque Donelli opinionem gravi censura perstringit Emmanu. Gonzal. in *Comment. Cap. cum contingat*, 28. *Extr. de jurejur.* n. 11. ubi affirmat *merito esse ab Ecclesia damnatam*. Vid. eundem cit. loco n. 10. 11. consule omnino Osualdum *cit. N.* 14. et alios ab eo laudatos. Covarruviam præsertim in *Relect. Cap. quamvis.* 2. *de pact. in* 6. 2. *P.* §. 1. *n.* 5. 6. 7. §. 2. *n.* 6. 7. Gutierrez. *in Repet. Auth. Sacramenta, Cod. si adv. vendit. n.* 9. usque *ad N.* 31. *et a n.* 35. *ad n.* 38. Petrum Barbosa *ad tit. D. sol. matrim. L.* 1. *P.* 1. *ad n.* 61 *ad* 71.

(15) Scio Bart. *hic n.* 15. et sequaces Sich. *hic n.* 15. distinguere in rem concepta an sint verba legis aut statuti, veluti ne contractus minoris sine auctoritate curatoris, mulieris sine consensu propinquorum valeat; an in personam sic: ne minor, mulier, sive etc. contrahat. Ea tamen distinctio ipsius contractus et actus confirmationem, non item vinculum religionis personale respicit, et ad illam refertur. Quin et a plerisque reprobatur tantum hic spectari volentibus num lex principaliter in favorem ejus cui vetat, et utilitatem privatam lata sit, cum non verba sed effectum rei spectari deceat. Covar. *in cap. quanvis* 2. *de pact. in* 6. *P.* 1. §. 2. *n.* 14. et passim Seraphin. *Priv. juram.* 83 *n.* 70. Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 4. *n.* 53. Gutier. *hic, n.* 35. *et seqq.* qui probabilius hoc esse, ideoque judici et consulenti sequendum testatur. Et tamen hi ipsi de comprobatione actus invalidi, quoad vires civiles ac effectus legitimos, loquuntur; in quo sane illis assentiri nolim, tametsi quin usu fori obtineri possit non valde ambigam. Siculi nec illud usquequaque mihi probatur, quod aliis casibus quibus ipsum contractum non firmari volunt nec remedio civili locus, ad forum ecclesiasticum recurri posse sentiunt, ejusque judicem vel præsulem censura competenti et fulmine anathematis ad præstandum id de quo fidem suam obstrinxit adigere, per *C. ult. de foro comp. in* 6. Asin. *de Exsec.* §. 9. *c.* 165. *fol.* 748. Quin rationem hoc facere puto ne ullum remedium ei qui illicite jusjurandum exegit indulgeatur, quoties jurando peccatum est. Fere enim accedit ut plus peccet qui recipit quam qui præbet sacramentum, non solum quando id natura turpem præstationem continet, Nov. 51. *pr.* ubi æqualis utriusque nominis Divini profanatio; sed et quando res promissa sine peccato præstari po-

**possint neque ab iis qui jurarunt, neque ab eorum (16) heredibus. Quod dicit, dum hoc**

test, præsertim in terminis *auth.* nostræ, ac quoties lex ratione personæ obligati contractum iniri vetat, veluti mulieri sine licentia propinquorum. Nam hic simplicitas sexus ætatisque imbecillitas, si non omnino, est quadantenus e peccato excusant. Ad hæc ipse eventus, dum damnosam conventionem inierunt, eosdem a malitia immunes arguit, unde iis subveniri ratio politica suadet. Quæ quidem in foro civili suis sibi merito constat viribus, at tanti non est ut fortiorem religionis rationem in animæ judicio vincat. Contra in eo qui recepit et ab initio apertior malitia; plerumque ipso etiam eventu, dum minorem mulieremve circumscripsit, testatior, neque ullus illius favor contractum sustineri, sed ejusdem odium irritari eum suadet. Et eadem perseverat, dum veluti ex delicto suo improbum lucrum quod antea captavit, sive coram Judice sæculari sive ecclesiastico exigit; cum et suæ turpitudinis ipse assertor sit. Qua ratione leges quorundam vetantes non solum ne tales contractus ineantur, sed et ne super iisdem juretur ut *supra N.* 1. probandas censeo. Parumque abest quin eis accedam qui *hac auth.* male rebus minorum consultum, adeoque improbandam statuunt ut *supra eod. N.* 1. Aut saltem, ut reverentior sim majestatis legum, (ex quibus, non de illis judicare convenit,) cum Pinello ad *L.* 2. *C. de rescind. vend. p.* 3. *C.* 1. n. 10. dicam probe perpendendum sacratissimis principibus num ex usu Reip. hæc jura sint, anne potius eadem aboleri expediat. Quid ni enim, exemplo juris Lusitanici, sanciri apud nos posset ne contrahens cum minore jusjurandum unquam exigat neve illi præbeatur, pœnæ gravis in utrumque (majoris autem in eum qui receperit) adjectione. Quo pacto minus sæpe juraretur, proinde rariora forent perjuria, captionibusque ætatis et sexus infirmioris commode occurreretur, neque ita facile minores adduci possent ut jurarent; cum jure quo utimur ex *h. auth.* contra eveniat, ex quo ferme non nisi jurati contractus cum his celebrantur. Hoc tamen una puto, si contra talem prohibitionem jusjurandum intervenerit, licet ejus in foro civili nulla vis sit quin uterque juste plectatur, si tamen absque peccato impleri possit, in foro animi omnino pareri ei debere; cum violata jam ante sit jurando legum auctoritas, neque nunc in eas iterum delinquat qui præstat quod juravit, etsi tunc deliquerit forte cum juraret. Nam et alias quamloque quæ fieri vetita, facta tamen tenent, *l.* 1. §. 5. *Quan. appel.* Exemplo sint nuptiæ inscitu parentum contractæ, complexu conjugali secuto. Quas ad sustinendas quæ rationes proferri solent, hoc in argumentum trahi posse videntur (etsi hæc non usquequaque similia. Neque enim hoc dicendum quod jurejurando fides connubii data alteri, invitis parentibus implenda sit.) Quinimmo etsi Lex districte simul vetuerit ne juratum, modo peccatum per se non foveat, servetur, num sic satis conscientiæ ejus qui juravit consulatur, hæsito. Quippe vix ea unquam legis auctoritas ut eo vires suas protendat, post alios Parlad. *d. n.* 53. Azin. *d.* §. 9. *C.* 165. *passim.* Cumque hic quidem veluti conflictus juris divini et humani videatur, hoc illi merito cedere censendum. Sed hoc Theologis definiendum relinquo. Istud vero contendo, juste legem civilem suum denegare subsidium ei qui tale jusjurandum exegit et recepit; nam cum contra legem deliquerit, ejus auxilio indignus est *L.* 37. *de min.* Quem si Lex adjuvet, quodammodo seipsam convellit; satiusque fore reor si hoc totum conscientiæ ejus qui juravit relinquatur; quam probe is excutiet, si salvam et illibatam retinere velit, oportet. Amplius dico, quod paradoxon cuipiam videbitur nec est tamen: si maxime leges talem juratum contractum implere jubeant, aut si censuræ ecclesiasticæ ad id compellant, ni tamen sponte, adeoque injussus sacramento quis pareat, perjurii labem in foro poli eum non effugere. Nam si quem vis judicati metusve pœnæ qualiscunque moveat ut præstet quod alias Numinis reverentia et sacramenti religione non præstiturus, animum tenuit et retinet perjurum. Juravit enim quod contractum servare, non quod Judicis jussui parere velit. Neque nunc tam veteri obligationi juratæ quam novæ judicati obsequitur, non voluntate sua sed necessitate. Quin et qui interdictione sacrorum commotus religionem exsolvit, eum sæpe plus publice subeundæ ignominiæ terror quam metus Numinis allicit. Et sicuti cum quis sciens abnegavit depositum, ex. gr. judicio convictus demum id restituit, perfidiæ semel commissæ non eluitur; ita neque hic, perjurus antea effectus, postea esse desinit; maxime si sponte juravit; ubi ut et sponte præstet congruum est.

(16) Sic DD. *vulgo:* ita tamen ut heres contraveniens non fiat perjurus. Vulgatissimum enim quod juramentum reale quoad observantiam contractus et obligationis civilis vinculum: personale quoad vinculum religionis et reatum perjurii, Sich. *ad Rub. C. de reb. cred. et jurej. n.* 19. *et seq.* Cover. *ad d. C. quamvis P.* 1. §. 5 *n.* 5. Jo. Bapt. Costa *de Facti scientia Inspect.* 14. *n.* 4. Gomez. 2. *Resol.* 14. *n.* 19. Azin. *de Exsec.* §. 9. *C.* 165. *f.* 759. *et seqq.* Mannox. *de Ratiocin. C.* 21. *n.* 11. Wes. *Cons.* 11. n. 16. *et Cons.* 15. n. 90. *Cons.* 23. *n.* 45. *et Cons.* 38. n. 24. Caler. Cons. 28. *n.* 337. Meichsner. *Lib.* 1. *Decis.* 11. *n.* 220. *et Decis.* 18. *n.* 24. *etc.* aliique plures. Non desunt tamen qui contra nituntur, sentientes jurejurando adjecto contractum alias invalidum non firmari, adeoque nec eum qui mero jure validus; ast restitutioni aut rescissioni obnoxium, irrevocabilem fieri. Sed contractu manente in suo vigore et qualitate, ad jurisjurandi observationem hic minorem ipsum solum, non heredem quoque ejus compelli. Quomodo Portius, Jo. Fab. Jas. Caman. et Alc. referente Gutierr. *hic n.* 24. quos sequitur Fr. de Caldas *ad L.* 1.

significare vult non modo non posse ea rescindi jure civili, de quo constat cum eos contractus proponamus qui hoc jure valent; sed nec prætorio quod minoribus in iis in quibus læsi sunt, in integrum restitutionem pollicetur; quoniam et hoc auxilium illis alioqui paratum in rebus cæteris, in hac caussa ipsis adversus jusjurandum suum denegatur. Ex quo etiam intelligimus, cum hoc unum auxilium illis reliquum esset ad ea rescindenda quæ gesta sunt; hoc sublato, nullum his remedium ad istam rescissionem superesse. Denegandæ in hac re restitutionis caussam esse diximus, quod puberes qui in re licita jusjurandum interposuerunt non possunt restitui a Principe aut magistratu nisi hi, restituendo adversus jusjurandum, puberibus perfidiæ et perjurii auctores fiant: quam auctoritatem ut turpem et indignam viris bonis recte negat Alexander et sub persona sua ab ullo magistratu exspectari debere, *L. 1. C. eod. si adv. vend.* Sed huic necessitati servandi a puberibus jurisjurandi addidit conditionem Fridericus, si modo sacramenta de quibus agitur sponte facta (17) sint. Quod cur adjecerit quamque vim id habeat, explicatius subjicit.

Ait igitur: *Per vim autem vel per justum metum extorta etiam a majoribus, nullius momenti esse jubemus.* Prius, ut dixi, ita definierat, sacramenta puberum super contractibus eorum interposita omnimodo servari debere; sed addita conditione, si modo sponte facta sint. Nam hæc oratio, sacramenta puberum sponte facta, resolvitur in hanc, sacramenta puberum quæ sponte facta sunt. Hæc autem demonstratio, quæ sponte facta sunt, conditionem habet, si sponte facta sint, sicut alia omnis demonstratio in futurum concepta, *L. 6. D. de leg. 1.* Unde sua sponte intelligebatur hoc dicere Fridericum, si sacramenta puberum sponte facta non sint, nolle se ea inviolabiliter custodiri, *argum. in L. quibus, §. 2. D. de condit. et demonstr.* Sed hæc in his verbis adhuc dubia erant, quæ sacramenta sponte aut non sponte facta intelligere debeamus; tum ea quæ sponte facta non sunt, quatenus Fridericus nolit servari. Hoc est igitur cur exceptionem quæ prius intelligebatur, nunc ex professo et explicatius subjicit. Huc enim spectat ut illa duo explicet de quibus modo dubitari dixi. Primum quæritur, sacramenta sponte facta quæ intelligat Fridericus. Nempe ea dicit quæ nulla vi aut justo metu cogente sunt expressa. Interpretatur, cum subjicit per adversativam *si autem per vim vel justum metum extorta sint*, ea esse quæ voluerit excipi, et in ea caussa esse ne serventur. Quæritur deinde quatenus servari nolit. Explicat, cum ait *etiam a majoribus extorta nullius momenti esse jubemus.* Quibus verbis et personas omnes jurantium vi coactorum necessitate servandi jurisjurandi liberat; et in hac liberatione hoc significat se jubere ut sacramenta metu extorta ipso jure non valeant nec teneant jurantem, quasi nec interposita. Id enim significatur, cum dicitur aliquid nullius esse momenti, *L. non dubium. in fin. C. de legib.* Atqui scimus de his quæ per vim aut justum metum gesta sunt ita jus esse, ut gesta ipso jure valeant et actionem pariant ei qui metum intulit: metum autem passo solum ita succurri, ut aut actio-

*Cod. in int. restit. in defin. v. Minorib. n.* 3. ( et Trentac. 2. *Pract. Resol. Tit. de Minor. Resol.* 1. *n.* 17. ) quia verba 1.° *hujus auth.* eo solum, non ad validitatem contractus relata. 2.° Jus exorbitans accipi debet ut minimum lædat jus commune. 3.° Juramentum sortitur naturam actus cui accedit, ut *supra N.* 10 *circ. med.* 4.° Nec unquam, ait Caldas, jure Canonico scriptum actum nullum jurejurando confirmari. Nam *d. Cap.* 28. *de jurej. dict. Cap.* 2. *de pact. in* 6. solum jusjurandum servandum esse probant. Effectus inde insignes. 1.° Non ligat heredes 2.° Impetrata absolutione, contractus remanet ac si non juratum esset. 3.° Solutum virtute juramenti potest repeti ceu solutum sine caussa. 4.° Mulier quæ alienavit rem dotalem vindicat eandem a tertio possessore non habente caussam ab emptore. Ita Caldas. Verum hæc reprobant Gutierr. *hic n.* 27. *et seq.* et Fach. 3. *Contr.* 11. tum quod *in L.* 1. *C. h. tit.* vocula *perfidia* arguat juramentum præstitisse fidem contractui, tum quia *d. Cap.* 2. dicitur: pactum juramento firmatum servari debet. Nec ex constructionis legibus illa *servari debet* ad voculam *juramento* se referri sinunt. Quibus tamen, si quis prioribus adhærere malit, non nimis operosum occurrere.

(17) Et tres comites habeant veri juramenti *C. etsi Christus* 26. *de jurejur.* 7. *C.* 22. *Q.* 1. *C.* 2. *eod. Ca. Q.* 2. ex illo Jeremiæ *C.* 4. v. 2. *Jurabis in veritate, in judicio et justitia.* Veritas caussa prima est ob quam recte juratur: Judicium discretionem habet animi: justitia postrema juramenti basis, P. Greg. 50. *Synt.* 3. *n.* 7. Veritas, ut clare exprimat, non ambigue aut fucata arte, ne alter decipiatur, unde placet jusjurandum juxta deferentis mentem non jurantis interpretari, *Cap. quacunque C.* 12. *Quæst.* 5. Judicium, ut jurans intellectu polleat. Justitia, ut quod juratur licitum sit et honestum, Coras. *in L. admonendi* 31. *de jurej. n.* 7. *et* 8. De quibus comitib. vid. Covar. *in Cap. quanvis* 2. *de pact. in* 6. *P.* 1. §. 6. Petr. Barbosa *in L. alia* 15. §. *eleganter D. Sol. matr. n.* 18. *et seqq.*

nem habeat ad ea rescindenda, aut adversus improbam adversarii actionem exceptionem, *L. dolo, C. de inutil. stipul. L. metum, §. sed quod prætor, D. quod met. caus.* Sed non sunt hæc contraria. Utcumque enim contractus ipse metu extortus ipso jure valeat; tamen jusjurandum adjunctum, si metu extortum est, semper necesse est nullius esse momenti. Sive enim spectamus actionem ejus qui metum intulit sive exceptionem qua ille summovetur, reperiemus in utraque re jusjurandum pariter illi esse inutile. Si agit, habet ille quidem jure ipso actionem, sed habet ex contractu non ex jurejurando, utpote habiturus ex contractu, quanvis nullum jusjurandum esset interpositum. Quatenus autem agens exceptione summovetur, ipse ita summovetur ut ad eam exceptionem infirmandam nihil momenti jusjurandum illi adferat, turpiter scilicet et improbe ab eo extortum. Et hæc Friderici de sacramentis metu extortis constitutio est.

Sed quod in superioribus partibus hujus constitutionis fecimus, cum de jurejurando ex legibus non servando ageretur, idem in hac quoque parte necessario faciendum est ut quæramus an quod conceditur hac lege et si quæ sunt aliæ similes hominum leges, jusjurandum in hac caussa non servare, idem etiam liceat verbo Dei. Semper enim hoc tenebimus, si quid præcipiatur Dei verbo, solum hoc audiendum esse, facessere jussis omnibus aliis contrariis humanis legibus. Atque hic variant etiam doctissimorum et maxime piorum Theologorum sententiæ. Quibusdam videtur ex verbo Dei jusjurandum hujusmodi omne servandum, etiam quod prædoni et latroni dederis, si de re privata tua et jure tuo agatur. Habetque maximam speciem veri hæc sententia; defenditur enim et notis locis quibusdam et ratione propemodum manifesta. Loci hi sunt. Primum quidem generale præceptum illud legis divinæ quo vetamur usurpare nomen Domini temere et frustra. Sed præcipue Psalmus XV. in quo inter cæteras notas quæ affinguntur viro pio ex præscripto et mente divinæ legis, una hæc recensetur ut sit is qui jurat damno suo et non mutat. Ratio hæc. Constat enim inter omnes, omne licitum jusjurandum quod sine peccato servari potest esse servandum: quo sensu verissima est sententia quæ de hoc genere exstat in *Can. cum contingat,* in fin. *Ext. de jurejur.* Porro si quis metu coactus jurat se servaturum quod metu promisit, et paciscitur de re sua de qua et pacisci per leges liceat, non solum licitum est ab initio jusjurandum, ut pote non interpositum contra leges; sed etiam promissum ipsum servare nihil habet turpe aut cum delicto conjunctum; licebat enim cuique et sine jurejurando de re sua statuere. Quæ si ita sunt, conficitur etiam hoc genus jurisjurandi esse servandum. (18) Aliis aliud videtur, idipsum minorum, quod hic constitutum est, sacramenta per vim extorta a prædone nullius momenti esse, nec verbo Dei necesse esse servari. Quod et ipsum jure Pontificio comprehensum est in *C. cum contingat. Ex. de jur.* Quibus assentior. Sic enim defenditur hæc sententia eodem verbo Dei, ut simul declaretur nihil ea obstare quæ supra in contrariam sententiam inde afferebantur. Nam illa: Nomen Dei non esse usurpandum temere: virum bonum quod juraverit etiam cum damno suo, id non mutare, et si qua sunt similia; omnia cum hac exceptione accipienda sunt, dum licitum sit jusjurandum, aut dum ne promittatur id quod sit turpe factu et contra bonos mores, quo scilicet præstando magis Deum offendas et nomen ejus violes. Ex quo illæ sententiæ ratæ, de quibus inter pios et eruditos omnes convenire

(18) Consentit A. Fab. 39 *Err. Prag.* 3. Pac. *Q.* 89 Selser. *Lib.* 1. *de Juram. C.* 20. *n.* 17. Fach. 8. *Contr.* 103. et ita communiter Legistas tenere scribit Gail. 2 *Obs.* 42. Contra Juris Pontificii interpretes absolutionem requirunt; quod ei sane juri conveniens videtur, *Cap. auctoritatem* 2. *Cap.* 16. *Quæst.* 6. *Cap. si vero* 8. *Cap. verum* 15. *de jurejur.* Cagnol. *ad L.* 2. *C. de Res. vend. n.* 102. Cujac *ad Cap.* 2. *Extr. de jurej.* Duar. *ad tit. Cod. Si adv. vend. fol.* 96. Martin. Uran. *ad d. Cap. si vero n.* 1. Covar. *in Cap. quanvis* 2. *de pact.* in 6. *P.* 1. §. 5. *n.* 6. Menoch. *Recup. poss. Remed.* 1. *n.* 294. Mauric. *de Rest. in int. Cap.* 119. Seraphin. *Privil. juram.* 110. *n.* 6. *et seqq.* Gilman. *Lib.* 1. *Decis. Cam.* 22. *n.* 32. Hart. Pist. veriorem receptiorem ac tutiorem vocans *Lib.* 4. *Quæst.* 6. *n.* 68. Gail. *d. Obs.* 42 *n.* 6. Everh. Specklum. *Cent.* 2. *Cl.* 2. *Quæst.* 14. *n.* 7. *et seqq.* si nempe contractus per se de re licita et jure ipso valet, Parlador. 2. *Rer. Quotid. Cap.* 4. *n.* 48. Rauchbar *P.* 2. *Q.* 4. *n.* 51. *et seqq.* Jo. Bap. Asin. *de Exsecut.* §. 9. *Cap.* 328. *n.* 12. *et seqq.* De absolutione a juramento in genere pluribus Mauric. *de Rest. in int. C.* 116. *et seqq. et C.* 121. Covar. in *d. C. quanvis P.* 1. §. 3. Myns. 2. *Obs.* 57. *et* 3. *Obs.* 99. Gail. *d. Obs.* 42. *et* 1. *Obs.* 22. *ac seqq.* Parlador. *d. C.* 4. *n.* 54. *et seqq.* Asin. *d.* §. 9. *Cap.* 165. *fol.* 764. *et seqq.* Hering. *de Fidejus. Cap.* 1. *n.* 82. *et seqq.* Gu. Papæ *Q.* 194. (ubi tractat num ea licita sit Principi sæculari) Moller. *ad Nov. elect. Sax.* 36. *p.* 2.

supra diximus; Non esse obligatorium contra bonos mores jusjurandum, *Can. non est obligatorium, de reg. jur. in VI.* item: Jusjurandum non esse vinculum iniquitatis, *C. inter cætera, 22. q. 4. C. quanto. Extr. de jurejur.* Jam præstare latroni et prædoni quod illi promissum sit, quale factum sit videamus. Sane ejusmodi in quo, si promissio et præstatio simplex tantum spectatur, quod a prioribus factum est, fateor licitum esse et minime turpe, ut remotis aliis circumstantiis turpitudinis recte hic dicatur jusjurandum, aut si quod aliud promissum est, esse servandum. Sed adde has facti circumstantias de quibus agitur, ut latroni tanquam latroni dandum sit, et dandum propter vim et metum illatum, sine quo interpositum jusjurandum non esset. *Hoc* (****) *vero turpe factu et contra bonos mores esse dicimus: ut proinde nec jusjurandum in eo jurantem obliget, aut sit servandum.* Id autem ita esse dicimus duabus de caussis. Primum, quia latroni dare ob promissum per vim extortum est facto tuo vim et metum illatum comprobare. Hoc autem facere est contra bonos mores; quod et res ostendit et diserte scriptum est in *L. nihil consensui, D. de reg. juris.* Deinde quia hoc ipsum turpe et adversus utilitatem publicam latroni tanquam latroni dare. Nam prædo propter vim publice male meritus

(****) Speciem veri aliquam habere hæc etiam Donelli opinio, ejusque arguta ratio videri possit; sed absit ut nativum aliquem habeat veri candorem nativaque veri lineamenta. Quid enim? (ut species hæc cujusmodi sit effingamus) sicarius et latro viatorem hominem ferro impetit, argentum ab illo postulat: hic cum in numerato nihil habeat, ut vitæ periculum redimat, pecuniæ summam promittit metu coactus sed nihilominus voluntarius, datamque fidem adstringit jurejurando. Subsisto modo aliquantum et illud rogo: voluntaria hæc divini numinis obtestatio habet ea ne vim naturamque juramenti revera; an nudus est inanium verborum sonus, sive quod opinioni Donelli congruentius, prophana hæc est divini numinis et irreligiosa invocatio? posterius hoc novum et insolens, ne dicam aliquid gravius: prius illud docto et probo cuique viro, et multo magis christiano theologo probabitur. Sit itaque recta hæc consecutio: ergo jurata illius fides qui metu inductus sicario pecuniam promisit, quandoquidem de re licita agitur atque honesta, est Deo ipsi præstanda, cui et principaliter fuit obligatio ex juramento quæsita, vid. D. Thom. 2. 2. *Q.* 89. *Art.* 7. *ad* 3. ibique Cajet. et ab Osuald. *not. ad h. Cap.* 13. *n.* 14. Et ut brevius rem totam complectar, juramentum etsi metu extortum, donec fuerit absolutio petita, necessario servandum, *Cap. si vero* 8. *Extr. de jurejur. ibique* Gonzalez. At enim latro ex eo juramento lucrum reportat; turpe vero latroni promittere promissumque præstare, quo ejus improba pecuniæ cupiditas augetur, et juramenta extorquendi crescit in illo impudens audacia, ideoque divini nominis ad prædas et rapinam abusus. Ita ne vero? quæ fiunt ab oppresso viatore latroni promissa vitæ redimendæ gratia, pro riæque charitatis intuitu, erunt hæc cum improbissimo et scelerato latronis facto confundenda? et necessarium propriæ charitatis officium eadem turpitudinis labe qua iniquissima aggressio notandum? Hæc porro ita componere et conjungere quæ sunt toto genere diversa mali sophistæ est, addo et inhumani et importunissimi hominis: sunt igitur hæc distinguenda et quantacumque hic improbitas et nequitia tota hæc latroni tribuenda; nec ullum hic ejus peccatum qui charitate sui inductus latroni promittit, quive juratam fidem præstat sola numinis obtestati reverentia. Vid. *Cajet. in* 2. *Quæst.* 89. *Art.* 7. *In respons. ad tert. dub.* et Dominic. Soto *de justit. et jur. Lib.* 8. *Quæst.* 1. § *Tertio denique arguitur*, ubi Cajetani doctrinam brevius complectitur, et dilucidius exponit. Sed superiora omnia, licet omnium Theologorum consensu probata et verissima paulisper missa faciamus. Sit ista Donelli ratiocinatio proba; sit hæc, si diis placet, Donelli opinio non improbabilis: sit, ut turpe latronis factum, ita et turpe hominis metu adacti promissum, et juramentum proinde irreligiosum et illicitum. Quid postea? promissio certe illa deneganda latroni, a juramento, quicunque metus aut vis inferatur, omnino abstinendum. Hoc posito, etiam me tacente, nemo non videt quid non ab improbissimo sicario et in cædibus exercitato metuendum. Hic rursus venia Donelli, qui cujusdam turpitudinis commentitiæ in oppresso viatore metu graviora et vere turpia inde secutura mala non videt, ita assumo remque propius urgeo atque insto: ubi nam gentium vir ille justus et religiosus propositique tenax, quem terror prava jubentis et instantis jugulo sicarii vultus atrox non moveat ita, ut ne dum turpi promisso, si vera prædicat Donellus, sed perjurio etiam, quod absit, non a præsenti morte sibi quærat effugium? Hoc utique damnum multo probabilius ab hac opinione Donelli, quam spes illa verisimilis fore ut oppressorum a latrone viatorum promittere atque jurare abnuentium constantia a cædibus et sanguine latrones deterreantur. Dii meliora! Et melius utique et rectius omnia cohærent, si hac opinione Donelli explosa, juris pontificii decreta in re adeo sacra quale est juramentum, unice vera habeamus veramque horum sententiam cum omnibus pontificii juris interpretibus teneamus firmissime. Quod non tantum de duobus illis *Cap. si vero* 8. *et Cap. verum tit. de jurejur.* aliisque similibus, sed et de *Cap. cum contingat eod. tit.* dictum volo; cujus sententiam, qua parte ad suam opinionem detorquet, adulterat omnino Donellus. Vid. Gonzal. *in Comment. Cap. si vero, n.* 5. *post med.* vers. *sed hæc.*

dignus est, non qui maleficii præmium accipiat aut lucro augeatur, sed potius qui egestate publice laboret, ut eleganter Tryphoninus in *L. bona, D. depo.* Rata sit igitur et hæc pars constitutionis, idque etiam assentiente verbo Dei; sacramenta per vim vel justum metum extorta etiam a majoribus nullius esse momenti.

Sed ut hoc genus jurisjurandi excipit constitutio, ita excipit solum. Hæc exceptio talis est, ut videatur omnes alias caussas improbandi jurisjurandi excludere. Nam cum prius regula generalis posita esset, sacramenta puberum inviolabiliter esse custodienda, nisi quid inde excipitur; necesse est eam regulam in omnibus sacramentis quæ excepta non sunt integram manere. Nunc autem constitutio excipit tantum sacramenta per metum extorta: alias caussas improbandi jurisjurandi nullas attingit. Quapropter hoc solum videri potest relinqui ut, si qua alia sacramenta sint aliis de caussis interposita, (19) ea ad regulam superiorem pertineant et inviolabiliter sint servanda. In quam sententiam et illud bene dictum est vulgo, semper exceptionem cofirmare regulam in casibus non exceptis, sumptum ex *L. quæsitum, §. idem respondit domo instructa, D. de inst. instrum. leg.* Hinc ergo quæsitum an in solo metu de quo hic comprehensum est consistere debeamus, nec ullæ aliæ sint improbandi jurisjurandi caussæ. Sed esse alias dubium non est. Quamobrem, ne superiore exceptione decepti hic erremus, monendi sumus ad metum de quo hic nominatim cautum est etiam has duas infirmandi jurisjurandi justas caussas adjici debere, dolum, et justum errorem: ut in summa inutile sit jusjurandum nec juranti noceat bis de caussis tribus; sive quis coactus justo metu, sive adversarii dolo inductus, sive etiam suo ipsius errore fassus in re promittenda jusjurandum interposuerit. Etiam dolo, similiter ut metu interpositum jusjurandum (20) nullius momenti est. Sic enim ista comparantur et recte in *d. C. cum contingat.* in fin. *Ext. de jurejur.* Quinimmo hoc ipsum multo justius constituitur in dolo quam in metu: quod qui jurare coactus est scivit qua de re juraret, et in id consensit quod juratus promisit; quanvis enim si liberum esset, non juraret, tamen coactus voluit, ut est in *L. si*

(19) Vulgo tamen admittunt quandoque rescissionem ex alia quam ætatis caussa, ut læsione enormi *vid. supra N.* 10. Et enormissima semper, ut *infra N.* 20.

(20) Vid. Sich. *ad h. auth. n.* 41. *et seqq.* Mauric. *de Rest. in int. Cap.* 115. Asio. *de Execut.* §. 9. *Cap.* 329. Bargal *Lib* 3. *de Dolo Cap.* 11. Padilla *ad l.* 2. *Cod. de resc. vend. n.* 4. Wesenb. *Cons.* 23. *n.* 36. *et seqq. et Cons.* 52. *n.* 65. *et seqq.* Rauchbar. *P.* 2. *Quæst.* 4. *n.* 35. *et seqq.* Hart. Pist. *Lib.* 4. *Quæst.* 6. *n.* 70. ubi absolutionem non necessariam hic esse docet, ut et Covar. *in Cap. quanvis* 2. *de pact. in* 6. *P.* 3. §. 4. *n.* 3. Seraphin. *Privil. juram.* 61. *n.* 19. *et Privil.* 83. *n.* 63. In quo dissentit Mauric. *dict. Tr. Cap.* 119 et fere Bargal. *d. Cap.* 14. *n.* 16. Sed et ubi dolus non verus sed præsumptus aut fictus per legem quæ solemnia quædam requirit, iisque non adhibitis præsumit dolum, absolutionem peti debere vult Seraphin. *d. n.* 63. Plane in arbitrio decepti est an velit servari contractum, Tiraq. *post. LL. Connub. Gl.* 8. *n.* 93. modo *ait idem n* 98. Lex non resistat ipsi contractui. Quid si dolus in re ipsa læsione immodica et enormi? De eo varie sentiunt. Sane simplici juramento minorem beneficio *L.* 2. *C. de rescind. vend.* non excludi supra diximus *N.* 10. Quando autem juramento expresse renunciavit ei vel minor, vel etiam major simpliciter: item in utroque quid in enormissima læsione obtineat; et cum plerique hic restitutionem indulgeant, num vinculo religionis prius solvendus qui juravit, necne qui ipso jure non obstrictus fuerit; denique unde æstimanda ac definienda læsio enormissima, vaga nostrorum tractatio est. Consuli possunt Cacheran. *Decis.* 41 Myns. 5. *Obs.* 59 Curt. Junior. *Consil.* 53. *n.* 10. *et seq. et Consil.* 141. Tessaur. *Decis.* 66. Damhuder. *Praxi Civ. C.* 48. *n.* 25. *et seq.* Gomez. 2. *Var. Resol.* 14. *n.* 20. Sich. *ad h. auth. n.* 40. et Gutierr. *n.* 92. *et seqq.* Covar. *in d. Cap. quanvis* §. 4. *n.* 3. *et seqq.* Bargal. 3. *de Dolo* 14. *n* 20. *et seqq.* Fachio. 3. *Contr.* 14. *et* 2. *Contr.* 17. Seraphin. *Privil. juram.* 61. *n.* 21. *et seq. et Priv.* 83. *n.* 87. *et seqq.* Beuckendorf. *addit. ad d. Priv.* 61. *n.* 55. *et ad Privil.* 83. *n.* 28. *et seqq.* Odd. *de Rest. in int. P.* 1. *Q.* 4. *art.* 13 Trentacinq. 2. *Pract. Resol.* 1. *n.* 15. *et seqq.* Asio. *de Execut.* §. 9. *C.* 330. Fr. Munnoz. de Escobar. *Variar. computat. Cap.* 6. Coler. *Cons.* 57 *Heidelberg. Facultas inter Cons.* Coleri 28. *n.* 260. *et n.* 277. *et seqq.* H. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 6. *n.* 71. *et seqq.* Barthol. Muscul. *de Success. convent. Class.* 1. *Membr.* 2. *Concl.* 7. *lit. C. n.* 303. *et seqq.* Pinel. ad *L.* 2. *C. de resc. vend. p.* 3. *C.* 1. *n.* 7. *et* 8. Cagnol. *ibid. n.* 98. *et ad L.* 41. *Cod. de transact. n.* 37. *et seq.* Padilla. ad *d. L.* 2. *n.* 33. (qui censet, etsi una juraverit se absolutionem non petiturum, tamen eam petere posse, et Abel Strasburg. *Cons.* 11. *n.* 8 modo, ait, prius absolutio a secundo juramento quo renunciatum est absolutioni, petatur. Quæ probare religio est) add. *Nov. Elect. Sax.* 35. *p.* 2. ibique Moller. *et idem.* 1. *Semestr.* 43. *n.* 6. *et* 3. *Semestr.* 39. et citati a Setsero *Lib.* 1. *de Juram. C.* 11. *n.* 14. Ego nullos, nisi quos ipse adii antea, citare unquam soleo.

*mulier*, §. *ult. D. quod met. cau.* Qui autem decipitur, is in quo decipitur omnino (21) non consentit aut paciscitur, *L. qui cum tutoribus*, §. *qui per fallaciam, D. de trans.* Scilicet quia quid agatur ignorat: nec potest quisquam de eo quod ignorat sensisse aut cogitasse videri. Sed et illud constat eum in eo in quo decipitur errare Veterum autem constans sententia est errorem non habere consensum, seu non consentire eos qui errant, *L. si per errorem, D. de jurisdictio. L. 2. D. de judic.* Res exemplo facilius intelligetur. Sit ergo hoc exemplum ex *L. tres fratres. D. de pact.* Ex tribus heredibus institutis unus pecuniam h reditariam interverterat. Quod alii eum ignorarent, cum hoc hereditatem diviserunt; et quasi in hereditate esset id solum reliquum quod videbatur, ita interpo-ito instrumento, caverunt se totam hereditatem divisisse nihilque sibi ex ea commune reliquisse: addiderunt etiam, si placet, nullam se de ea hereditate adversus superiorem divisionem alios aliis controversiam facturos. Cum reliqui duo comperissent postea pecuniam a fratre interversam cujus nulla mentio in divisione facta erat: quæsitum est an eam pecuniam a fratre adversus superius pactum recte repeterent. Placet recte repetituros; scilicet quia de pecunia interversa quam ignoraverunt non videantur sensisse eoque pacti esse, etsi ea verbis generalis pacti contineatur: hoc in *d. L. tres fratres. D. de pact.* Fingamus conventioni superiori etiam jusjurandum fuisse adhibitum. Dicemus reliquos fratres nihilomagis hic jurejurando impediri quominus agant, utpote deceptos, quique ideo de ea pecunia non senserint ac ne cogitare quidem potuerint. Non obstat hæc constitutio quæ unum tantum genus excepit jurisjurandi per vim extorti. Sane enim hac exceptione, fateor, confirmatur regula prior in sacramentis omnibus non exceptis: sed in sacramentis iis quæ verbis regulæ continentur: nam quæ non continentur, satis excluduntur ipsa per se ut non sit hic alia exceptione opus, atque adeo omnis hæc exceptio futura fuerit supervacua et inutilis, ubi scilicet nihil posuisses prius in regula quod postea regulæ detraheres. Atqui jusjurandum dolo interpositum non continetur verbis regulæ hujus constitutionis ut, quanvis exceptum non sit postea nominatim, non tamen dici possit ea regula juberi custodiri. Regula enim concepta est de sacramentis puberum, nempe his quæ vere sacramenta sunt nec falso ita dicuntur. Sacramentum autem et jusjurandum omne ejus tantum rei sacramentum est de qua est interpositum: de quibus antem rebus interpositum non est, earum non est nec sacramentum nec jusjurandum: ut, si quis juraverit se de fundo Tusculano Titio controversiam non facturum, id in hac specie tantum jusjurandum sit et recte nominetur. De aliis rebus si cum Titio agatur, non recte is utatur superiore jurejurando, quia nec prius jusjurandum sit istarum rerum jusjurandum de quibus juratum non fuit. Jam vero qui deceptus dolo quid jurejurando cavit, sive in re verbis promissa, sive in persona ejus cui promissum est erret, quatenus errat et decipitur, eatenus nec ex animi sententia pacisci aut jurare intelligitur. Esto enim verbis juret, animo tamen a quo solum consensus est, nec jurat nec promittit quidquam. Nullum igitur ne hic quidem jusjurandum aut sacramentum. Quo fit ut nec superiore regula jubeatur custodiri quod simpliciter non est sacramentum. Ita jusjurandum metu aut dolo interpositum ex æquo nullius momenti est; sed longe diversis rationibus. Metu interpositum inutile ideo, quia sacramentum quidem est et a consentiente interpositum; quamobrem et verbis regulæ includitur: sed promissum facto turpe, idcirco non servandum; quæ et caussa excipiendi fuit. Dolo interpositum ideo inutile, quia in quo quis deceptus ju-

(21) Vulgatum axioma: Juramentum ad non cogitata et ultra intentionem non extendi; er *L. ult. pr. D. ad municip. C. humanæ* 11. *eau.* 22. *Q.* 5. Asin. *de Exsecut.* §. 9. *C.* 319. *et seq.* Gutierrez *ad h. auth. n.* 113. Meichsner, *Tom.* 2. *Lib.* 1 *Decis. Cam.* 4. *n.* 23. 50. *et* 77 Quod Gutierrez *de Juram. confirmat. P. C.* 71. admittit in non . rius cogitatis de facto: secus de jure, ut si de beneficio restitutionis minor non certioratus: vid. *not. supra* N. 6. Ita vero Ippolitus apud Euripidem, eum jurasset Phædræ se facturum quod ipsa peteret, petenti incestam consuetudinem respondit se lingua jurasse, mentem injuratam tenere. Sed et irritum est. Sicuti cuivis al i dispositioni, ita quoque juratæ tacitam hanc conditionem et clausulam inesse, si res in eodem statu mauserit, per *L. ult. D. Qui sat. cog. L.* 30. *de op. Lib. L. ult. C. de non num. pec.* (Veluti juramentum de non repudiando uxorem intelligitur, si non delinquat in leges matrimonii *C. quemadmodum* 25. *de jurejur.*) post alios Jac. Schult. *ad Modest. Pist. P.* 4. *Q.* 149. *n.* 31. Gothofr. *de Tutel. Electorul. Lib.* 3. *refutat.* 41. *pag.* 114. Trentac 2 *Pract. Resol. tit. de Minor. Resol.* 1. *n.* 17. Tametsi incaute data juramenta non temere violanda, si salva religione et bona conscientia impleri possunt, vid. Jac. Ebert. *Tr. Ethico de Juram. pag.* 102.

ravit, in eo nec sacramentum ejus est, aut jusjurandum: qua ratione cum verbis regulæ non contineatur, nec fuit etiam excipiendum. Hoc si recipimus in jurejurando quod dolo adversarii interpositum est, recipiendum est (22) eadem ratione et in eo quod per errorem solum jurantis interpositum sit, etsi adversarius in eodem errore versans dolo careat. Nam et hic verum est eum qui juravit, in eo in quo erravit non consensisse eoque nec jurasse; si quidem verum est generale illud, errorem non habere consensum, *d. L. per errorem de jurisd.* Finge hoc modo. Testator legavit centum Titio cognato. Duo autem erant Titii cognati, Primus et Secundus: sed vere testator de Primo senserat. Cum id ignoraretur et Primus nesciretur ubi esset aut nihil peteret, extitit Titius Secundus qui ex verbis putans legatum ad se pertinere, id petiit. Cumque heres ei quoque deberi per errorem putaret, promisit se ei certa die, si annueret, bona fide esse præstiturum; et quo facilius impetraret eam dilationem, adhibuit jusjurandum ita fore ut promisit. Si compertum sit postea legatum ad Titium non pertinere, dicemus heredem Titio Secundo neque ex pactione neque ex jurejurando teneri, quia in persona legatarii errans, in eum quem falso legatarium putavit non consenserit, *d. L. si per errorem, D. de jurisd.* Ac de vi jurisjurandi minorum quod valeat ad excludendam in integrum restitutionem, et de *auth. Sacramenta puberum* satis.

(22) Fac. *L.* 57. *de O. et A. in totum* 76. *de R. I.* Sich. *hic n.* 30. Vid. Asin. *de Execut.* §. 9. *C.* 31. *et C.* 312. Bechendorf. *ad Seraphin. privil. juram.* 61. *et n.* 26. Rauchbar. *P.* 2. *Q.* 4. *n.* 37 *et seq.* Seraph. *privil. juram.* 83. *n* 59. (idem statuens etsi minor juraverit de contractu servando, si in ætate erravit falso se majorem putans, ut et Treutlac. *d. Resol.* 1. *n.* 18.) Quare nec condictio indebiti sic impeditur, Mauric. *d. restit. in int. C.* 113. *n.* 8 Generale denique, contractum nullum ex defectu consensus juramento non firmari, nec eo defectum illum suppleri; vid. Covar. *ad C. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *P.* 2 §. 6. 10. *et seq.* Seraphin. *Privil. jura.* 39. *n.* 10. *et Privil.* 61. *n.* 10. ac Bechendorf. *in addit. ibid. plures citans n.* 19. *ut et* Asin. *de Exser.* §. 9. *C* 318, veluti si contractus simulatus. Seraph *d. loc.* Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 47. *n.* 3. Mauric. *de rest. in int. C.* 119. *n.* 3. Coler. *de Process. exsec. P.* 1. *C.* 10. *n* 32. et *Cons.* 29. *n.* 144 *et seqq.* Hering. *de fidejuss. C.* 9. *n.* 45. Perinde enim ac si juraverit se servaturum nihil, si nihil contractum est. Coler. *d. n.* 32. Et ut actus ipse ita et jusjurandum verum non est, sed simulatum, Mauric. *d. n* 13. Unde si statuto caveatur ut contractus minoris sine certis solennibus præsumatur simulatus, eum juramento adjecto non validari censet Gutierr. *in h. auth. n.* 45. scribens ita indirecte posse tolli statuto vim juramenti inducendo prius simulationem ac dolum, et hanc opinionem in praxi servandam esse. Quam et communem vocat, sed varie declarans ac restringens, Seraphin. *d. Privil.* 83. *n.* 79. *et seqq.* Cæterum cautionem docet Coler. *d. C.* 10. *n.* 235. qua muniatur contractus, ne objici possit simulatio, si addatur juramentum quo omnium contentorum in instrumento fidem debitor asserat, atque sic deinde jurato promittat se contra venire nolle: ubi nempe conjuncta, et assertorium et promissorium juramentum. Cæterum in dubio sententia tenenda, quæ religionem integram jurisjurandi conservat et conscientiis consulit. Hart. Pist. *Lib.* 4. *Quæst.* 6. *n.* 37. Coler. *d. C.* 10. *num.* 215.

## CAP. XIV.

**Beneficium in integrum restitutionis minorum quale; quis eo utendi modus, quidve utenti tribuat: præcipue autem quibus, adversus quos, qua de re, quove effectu competat.**



I. Ad id quod de in integrum restitutione minorum institutum erat redeo. Et de ea restitutione in qua est beneficium hujus edicti, hactenus nobis constitutum est id quod primum in eo beneficio, ut et in cæteris, quærendum esse natura rei nos admonet, et faciendum esse initio diximus, ut intelligatur, quando primum nascatur et competere incipiat minoribus, ut sic deinde de constituto quale sit, ordine quæratur. Idque ita huc usque consecuti sumus. Nam, cum restitutio hæc nascatur ex certis caussis partim verbis edicti partim sententia comprehensis, de his caussis sigillatim et ordine initio diximus. Cum autem res pleræque essent quæ in his ipsis caussis restitutionem in integrum adimerent minoribus, nonnullæ quæ hanc rem dubiam facerent; etiam eas res adjecimus ita, ut dubias removeremus, certas exceptionum vice constitueremus; quod fuit extremum superioris tractationis. Quibus cognitis, facile est vel potius necesse, tanquam ex suis caussis intelligi ubi competat aut non competat minoribus ab ætate beneficium hoc in integrum restitutionis. Beneficio constituto, restat deinceps illud alterum, quod hic quæri dixi, ut quale id sit, idest quis sit eo utendi modus, quidve id utenti tribuat videamus.

II. Et de genere beneficii hoc principio statuendum est non ita esse hoc beneficium ut sunt beneficia Principum. Principis beneficium totum ex Principis liberalitate et arbitrio pendet, ut cui velit Princeps et cum velit, petenti id tribuat sine cujusquam alterius privati interpellatione aut contentione quæ caussæ cognitionem desideret. Beneficium autem hoc restitutionis judicium est seu actio, quia qui in integrum restitutionem a magistratu postulat, judicio agit cum alio a quo invito petit sibi restitui id quod facto suo per infirmitatem ætatis amiserat. Ideo et quæ in cæteris judiciis servantur ad juris nostri persecutionem, servantur omnia

in hac quoque restitutione quo ad eam perveniatur; in quibus versatur natura et forma hujus actionis. Quæ quo facilius spectare liceat, animadvertendum est ex his quædam esse omnium judiciorum communia, quædam propria judicii cujusque.

III Communia sunt quæ ad constitutionem et ordinem judicii pertinent. Constituitur judicium omne inter duos litigatores, quorum unus petit, alter est a quo petitur, §. 1. *Inst. de act.* Et quidem ita ut, nisi adversario præsente aut adversus legitimam vocationem denuntiationemve absente, nullum judicium, nulla certe sententia consistat, §. *ult. Inst. de pœn. temer. lit. L. ea quæ, C. quom. et quand. jud.* Idem servatur in hac restitutione. Hanc postulat a magistratu minor, sed adversus eos a quibus sibi quid restitui et præstari desiderat; nec aliter quam præsentibus istis adversariis, vel si per contumaciam desint, in integrum restitutio perpendenda est, ut est in *L. in caussæ*, 2. §. 1. illic, *caussa, D. de min.* In his ipsis personis hoc servatur in reliquis judiciis, ut et qui agit et is cum quo agitur caussam agere possint non solum per se, sed etiam per procuratorem, *L.* 1. *D. de proc.* Receptum hoc idem in hac restitutione. *Caussam in integrum restitutionis*, inquit Alexander, *si qua competit, etiam per procuratorem agi posse placet*, L. unica. *C. etiam per proc. cau. in int. rest. agi pos.* Quo loco præcipitur, si quis procurator restitutionem postulet minoris nomine, eum speciale mandatum ad eam rem adferre debere; hac lege tamen ut, si de eo dubitetur, audiatur si satisdationem offerat dominum rem ratam habiturum: cæterum qui (1) generale mandatum de negotiis gerendis alleget audiendum non esse, *L. illud*, §. *ult. L. quod si*, seq. *D. de minor.* Atque ut judicium aliud omne est de re controversa inter aliquos, ita aliud omne apud judices arbitrosve qui de ea re judicent, *d.* §. 1. *Inst. de action.* Sic et restitutio in integrum, et quidem eadem lege qua in cæteris, ut res agi non possit nisi apud judices (2) competentes et idoneos. Qua parte cætera sunt cum reliquis judiciis communia. Nam et qui jurisdictionem habent, omnes pro sua

(1) Quæ ratio, vid. supr. *Lib.* 18. *Cap.* 12. *N.* 33. add. Harp. *ad pr. Instit. de iis per quos agere pos. numer.* 22. Fr. de Caldas *in definit.* v. *implorandum n.* 5. qui tres adfert rationes 1.° quia datur contra jus civile, 2.° continet quandam retorsionem, cum et minor adversario omnia quæ acquisivit restituere debeat *infr. h. Cap. n.* 25. Et forsan potest ei noxia esse. Alienæ hæ rationes. Nam et in aliis juris prætorii procurator ex generali mandato auditur, et restitutio nunquam nocere potest *L.* 41. *hoc. tit.* 3.° Procurator nequit venire contra factum domini, *L.* 30. *Mandati* vid. Covar. 1. *Resol.* 6. Odd. *P.* 1. *Q.* 31. *Art.* 12. Mauric. *Cap.* 23. *et seqq.* Myns. 2. *Observ.* 26. Sed hæc ita, si restitutio principaliter petatur, non si procurator ad certam litem datus, et in eam quæstio de restitutione incidat. Ex eo enim quod alicui commissa litis prosecutio, cetera quoque demandata sine quibus judicium peragi nequit, *L.* 36. *de Procur.* Duar. *ad tit. Cod. Etiam per Procurat.* Octav. Vestr. *Pract. Lib.* 4. *C.* 5. *n.* 15. Covar. 1. *var. resol.* 6. *n.* 1. Odd. *d. Q.* 31. *Art.* 13. Mauric. *Cap.* 25. Wurmser. *Lib.* 1. *Tit.* 25. *Obs.* 2. Myns. *decade* 9. *Resp.* 84. *n.* 3. *et* 2. *Obs.* 26. *n.* 4. ubi ita judicatum refert. Crebriori quoque DD. consensu admittendus est habens mandatum petendi restitutionem in omnibus caussis, etsi caussa præsens, non expressa: vid. Harp. *ad pr. Inst. de iis per quos agere, n.* 23. *et* 4. *seqq.* Tutor vero et curator audiuntur absque speciali mandato, argum *L.* 10. *C. de appell.* quia a lege dantur, vid. Caldas *d. loc. n.* 10. Mauric. 27. Duar. *ad d. t. C.* Item Syndici seu administratores publici nomine Reipubl. quia habent mandatum cum libera, Trentacin. *Lib.* 2. *Pract. Resol. Tit. de Procur. Resol.* 2. *n.* 8. Item Oeconomi ac prelati Ecclesiæ vid. Mauric. *d. C.* 27. *n.* 3. *et seqq.* Odd. *d. Q.* 31. *Art.* 7. *et seq.* Caldas *d. n.* 10. Rebuff. *Art.* 1. *Gl.* 13. *et seq.* Non vero conjuncti, *L.* 27. *pr. h. tit.* nisi pater tunc cum ejus interest: vid. *supra C.* 7. *n.* 14. Odd. *d. Q.* 31. *Art.* 9. *et* 10. Sed et si restitutio contra sententiam petitur, si prima caussa non recipit procuratorem veluti criminalis, neque hæc admittit quia naturam primæ caussæ retinet et secundum eam regitur. Marsil. *sing.* 221.

(2) Sed quis hic competens, qui magistratus restituat, et an hæc cognitio mandari possit, itemque de foro competenti multa et magna contentio. Quam, ne diutius immorer hic, ad alia properans, nunc non definio. Remitto autem ad Cujac. *in L.* 3. *de in int. re t. et L.* 16. §. *ult. de minor.* Vaud. 1. *Quæst.* 22. Duar. *ad tit. D. de in int. rest. C.* 2. *et* 3. *et ad tit. C. ubi et per quem.* Covar. 1. *var. Resol.* 4. Mauric. *Cap.* 35. *et seqq.* Caldas *in definit.* v. *implorandum n.* 17. *et seqq.* Coler. *de Process. P.* 4. *Cap.* 2. *n.* 23. Menoch. *adip. poss. remed.* 4. *n.* 910. *et seqq.* Odd. *P.* 1. *Q.* 32. Anton. Fab. 7. *Err. Prag.* 5. Marc. Lycklama 9 *Membran.* 4. Rutier. Rulant. *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 3. *Cap.* 19. Meichsner. *Tomo.* 3. *Decis. Cam.* 7. *n.* 15. Menoc. *Lib.* 1. *præsump. Quæst.* 72. In Francia restitutiones a Rege impetrandæ, vid. Rebuff. *in Constit. Reg. Proem. Gl.* 5. *n.* 48. *et seq.* (ubi Curias supremas quandoque ex æquitate restituere) et Tiraq. *de retr. lignag.* §. 32. *Gl. un. n.* 62. *et seqq.*

jurisdictione de in integrum restitutione adiri et judicare possunt, *L. in caussæ*, 16. §. *ult. D. de minor. L. ult. C. ubi et ap. quem cogni. in integ. rest. agitan. sit;* et si de territorio aut loco quæritur ubi agi debeat, quod in cæteris caussis juris est ut actor forum rei sequi debeat, *L. 2. C. de juris.* hoc idem et in restitutione in integrum postulanda servatur, *L. 2. C. ubi et apud quem.* Illud videri potest nonnibil proprii juris habere, quod si adversus rem judicatum minor in integrum restitutionem postulet, placuit non solum majores magistratus adversus eam in integrum restituere posse, sed etiam ipsum eumdem qui judicaverat posse adversus sententiam suam, quanvis ab eo ipse idem appellari non possit: hoc in *d. L. in causæ*, 16. §. *ult.* et *L. minor*, 18. *L. præses*, 42. *de min.* cujus differentiæ ratio redditur in *L. præfecti*, 17. *eod.* de qua etiam supra suo loco diximus. Minor certe magistratus contra sententiam majorum non restituet: quod est omnium judiciorum commune, *d. L. minor.* 18. *eod.* Judicio constituto inter quos oportet et apud quem oportet, cum ad jus litigatoribus reddendum ventum est, in eo quod petitur hic ordo est et forma judiciorum reliquorum communis, ut non statim is cum quo agitur cogatur vi præstare quod petitur; sed judicem oporteat adversus negantem prius caussam diligenter cognoscere, *L. judices, C. de judic.* Tum deinde caussa cognita sententiam ferre, ut petitore quidem intentionem suam non implente vel exceptione summoto, reus absolvatur; convictus autem condemnetur; condemnatus, remediis juris justo ordine ad solutionem urgeatur, ut comprehensum est *L. negantes, C. de oblig. et act. L. 1. C. de exsec. rei jud.* Hæc omnia item in restitutione in integrum minorum diligenter (3) observari agnoscas. *Caussa cognita*, inquit Ulpianus, *et præsentibus adversariis, vel si per contumaciam desint, in integrum restitutiones perpendendæ sunt*, L. in caussæ, 13. §. 1. *D. de minor.* Ideo qui hereditate patris beneficio ætatis in integrum restitutus abstinuit se, si nemine de creditoribus paternis præsente, vel a magistratu evocato restitutus est, negat Modestinus restitutionem recte factam, negat creditoribus præjudicasse, *L. etiam* 29. §. *ult. D. de minor.* Caussa cognita, si res videbitur non admittere in integrum restitutionem, judex adversus minorem sententiam feret et eum cum quo agebatur absolvet, ut factum proponitur in *L. Æmilius, D. de minor.* sin contra, sententia pro minore dicta, reum condemnabit ut in specie *L. intra, D. eod.* Nec vero prius adversus reum quidquam hujusmodi statuet quam caussa cognita, multoque minus ante adversus eum quidquam exsequetur; cum executionem præcedere debeat utrumque illud, et caussæ cognitio et judicis sententia, *d. L. 1. C. de exsec. rei judic.* Quod si ita est; sequitur ut, quemadmodum in reliquis judiciis præcipitur ob supra scriptam caussam, pendente judicio atque adeo appellatione, nihil novandum, *tit. D. nihil innova. appel. interp.* sic nec, postulata in integrum restitutione, ante sententiam quidquam debeat adversus reum (4) novari prætextu

(3) De quo fuse Old. *P.* 1. *Quæst.* 34. *et seqq.* Et quod hic citandi quorum interest restitutionem non fieri, Sich. *ad L.* 3. *Cod. de in int. restit. n.* 16. Caldas *in definit.* v. *implorandum n.* 14. Old. *d. Q.* 34. *Artic.* 8. *et seqq.* An et quando litis contestatio hic requiratur, idem *Q.* 35. *Art.* 8. *et* Mauric. *Cap.* 126. Illud alienius videtur quod post alios adstruere tentat Joan. Bapt. Asin. *tr. de Exsecut.* § 3. *c.* 190. judicem motu proprio, ex officio minorem non petentem restituere in integrum posse, æque atque Ecclesiam *C. Cum. venissent* 2. *Extr. h. tit.* et sequitur Rolant. *de Commissar. P.* 3. *Lib.* 9. *Cap.* 15. *n.* 5.

(4) *L.* 32. *C. de transact.* Quare sententia contra quam petitur restitutio, non potest interim executioni mandari. Exceptio tamen in *Cap. suscitata* 6 *de in in int.* nisi caussa restitutionis requirat altiorem inquisitionem et æquum appareat sententiam interim exsequi. Menoch. *adip. poss. remed.* 5. *n.* 910. et Coler. *Process. P.* 4. *Cap.* 2. *n.* 23. Item si petita contra sententiam Principis, ut notat Corset. *Singul.* 140. Menoch *Lib.* 1. *præsumpt. Q.* 74. si suspicio probabilis malitiose peti restitutionem, caussa remorandæ exsecutioni, Menoch. *d. Q.* 74. Parlad. 2. *Rer. Quotid. C. fin. P.* 1. §. 1. *n.* 14. Mynsing. 1. *Obs.* 48. *et* 6. *Obs.* 80. *n.* 2 Octav. Vestr. *Lib.* 8. *Pract. aulæ. Rom. Cap.* 3. *n.* 15. add. ord. *Cameræ P.* 3. *titul.* 52. Gœd. *in Clem.* 1. *de sequestrat. n.* 10. Tessaur. *Decis.* 181. *n.* 4. Duar. *ad d. tit. Cod.* apud suos receptum docens ut hoc prætextu nunquam differatur exsecutio nec sententiæ necinstrumenti executorii sive guarentigiati, ut et Rehuff. *hoc. tit. Artic.* 2. *Gl. ult. n.* 7. De vi restitutionis suspensiva pluribus Mauric. *Cap.* 29. *et seqq.* Caldas *in definit.* v. *per quod pristinum jus n.* 14. *et seqq.* Fachin. 12. *Contr.* 17. *et* 2. *seqq.* Lancellot. *de attentatis P.* 2. *Cap.* 18. Mynsing. 1. *Obs.* 48. Matth. de Afflict. *Decis. Neap.* 356. Gœd. et ab eo laudati in *d. Clem. un. de sequestrat. n* 10. *et n.* 22. *ac seq.* Andr. Knich. *de Sax. non prov. jure verbo jus Cap.* 5. *n.* 108. *et seqq.* Trentacinq. *Lib.* 2. *de Pract. Resol. tit. de Rest. in int. f.* 165.

ætatis ejus qui restitutionem postulat, sed debeant reo ante id tempus omnia integra servari, et in suo statu manere. Quod et in hac specie nominatim cautum est, ex illo superiore durtum, videlicet in *L. unic. C. in integ. restitut. postul. ne quid nov. fiat.* Atque hæc omnium judiciorum communia sunt, quæ similiter in judicio in integrum restitutionis minorum licet animadvertere: quorum explicatio plenior ex suis locis postea sumi poterit.

IV. Propria cujusque judicii sunt ea quæ ad jus petitoris pertinent. Id jus in his rebus consistit: ut actionem quisque quam in judicium deducit sibi habeat; ut adversus eum cum quo agit; ut de ea re de qua agitur; ut ejus obtinendi caussa quod de ea re judicio consequi desiderat: ex quo illa quæri solent, quibus quæque actio, adversus quos, qua de re, cujus rei obtinendæ caussa competat. Horum ergo in singulis quale sit beneficium in integrum restitutionis et quid hic minoribus tribuat cognoscamus. Ita enim in summa, quale sit sua ipsius natura, habebimus unde postea etiam sumat quisque quod ad rectam hujus judicii institutionem conferatur.

V. Principio, quod ad eos attinet quibus in integrum restitutio de qua agitur competit, satis jam supra ostensum est quorum in persona hæc nascatur, ut his primum competere incipiat. Fuit autem hæc summa: nasci eam primum et competere minoribus, non quibusvis qui quid cum aliquo gesserint, sed qui eas caussas in se constitutas habeant ex quibus hæc restitutio jure nascitur: caussas summatim has esse, si quid cum minore viginti quinque annis natu gestum sit in quo læsus sit, idque sua facilitate et lubrico ætatis, et tempora restitutioni postulandæ præfinita adhuc largiantur; dum tamen extrinsecus nihil interveniat quod in his ipsis caussis restitutionem excludat. Ac fuit, ut dixi, totus hic locus satis jam supra a nobis expositus. Ex quo illud saltem animadvertendum est, quod hoc loco moneri oporteat, nunquam ab initio hanc restitutionem alii competere quam minori: ut si ea cum semel cœperit, deinceps in hujus solum persona consistat, nihil hic quærendum sit amplius, cum habeamus omnem eum cui competat. Sed potest minori quæsita primum ab hujus persona transire jure ad alios, puta ad heredes et fidejussores minoris, si modo jus concedat: ut solent et alia jura tum creditorum tum debitorum ad hos transire. Nam quæ fidejussori tribuitur in integrum restitutio, eam non pertinere ad reum principalem constat, *L. minor. 18. in pr. de min.* Hinc ergo de heredibus et fidejussoribus quæsitum hoc loco an similiter et hoc jus his competat ex minorum persona. De quo si jus certum esset, sufficeret id breviter indicari atque hoc dici, in integrum restitutionem ex hac parte edicti competere minoribus, itemque horum tum heredibus tum fidejussoribus. Sed de horum utroque vetus dubitatio est, neque id solum: sed et quod jus de his constitutum est adeo non est expeditum, ut et secum ipsum et cum aliis partibus juris pugnare videatur. Quamobrem et de utroque hic amplius cognoscendum est; ac primum ipsa dubitatio aperienda quæ ad rationem juris de his constitutis cognoscendam viam muniat.

VI. Quæritur ergo an quæ minori capto in integrum restitutio competit, ea minore defuncto heredibus ejus competat, et si quid forte minor contraxerit et in eam caussam fidejussores dederit, an competat item ejus fidejussoribus. Dubitationis caussa est ex genere beneficii. Beneficia et jura omnia quæ cuiquam jure tribuuntur, aut caussæ cohærent aut personæ: quod de exceptionibus traditum in *L. 7. D. de except.* ad alia omnia jura cujusque pertinet. Caussæ cohærere seu caussæ esse dicuntur quibus caussa propter quam tribuuntur locum facit, non persona; quod tum fieri intelligitur cum in eadem caussa competunt omnibus ad quos ea caussa pertinet. Personæ autem esse seu personæ cohærere contra illa dicuntur quibus personæ conditio locum facit: ut quanvis forte certa de caussa tribuantur, non tamen in eadem caussa tribuantur omnibus ad quos ea caussa pertinet, sed certis tantum personis: sic propemodum hæc explicantur in *L in omnibus caussis id observatur, D. de reg. jur.* Prioris generis sunt actiones: ut mandati, proposita ob mandatum omni qui mandavit: depositi ob depositum omni qui deposuit: de dolo ob dolum omni qui dolo deceptus est; quod et in cæteris actionibus licet animadvertere. Hujus item generis exceptiones hæ; pacti, jurisjurandi, rei judicatæ, doli mali, quod metus caussa: utpote propositæ omnibus ex his caussis, si quis pactus sit, juraverit, absolutus sit, dolo deceptus, aut coactus metu, sine discrimine personarum, *d. L. 7 D. de exc.* Posterioris generis est, exempli gratia, exceptio humanitatis caussa tributa quibusdam, ne in eo quod solidum debent conveniantur ultra quam facere

possunt. Hæc habet quidem inter cæteras hanc caussam, quod qui convenitur solidum solvere non potest; sed in hac ipsa caussa non tribuitur nisi certis personis et quidem ob conditionem ipsam personarum, ut marito, parentibus, patronis, sociis, et aliis quibusdam, *L. sunt qui*, et seqq. *D. de re jud.* Ideo hæc exceptio personale beneficium esse dicitur in *L. quia, D. sol. mat.* idest, ut nunc loquimur, personæ esse, et personæ cohærere. De his beneficiis et commodis ita jus est: quæ caussæ cohærent, omnia transeunt ad heredes, ut qui in jus omne defuncti succedant, quod quidem personæ non cohæserit, *L. heres in omne, D. de acq. her.* eadem competunt et fidejussoribus, *d. L. 7. de exc. L. in persona. D. de fid.* Quæ vero cohærent personæ, seu quæ personæ sunt tum beneficia tum jura, quia personam non egrediuntur, ideo nec heredibus competunt, sed cum persona exstinguuntur, *d. L. quia, D. sol. mat. L. 3. §. ult. D. quib. mod us. amit. L. non solum, §. tale, D. de lib. leg.* nec tribuuntur etiam fidejussoribus, *d. L 7. D. de except.* Hoc jure posito, quæritur utrius generis esse putemus in integrum restitutionem minorum, ut si beneficium caussæ est, competat heredibus et fidejussoribus minoris: sin est personæ, pariter et his et illis denegetur. At hic conditio beneficii ancipitem quæstionem facit. Dixeris enim esse beneficium caussæ, quia tribuitur quidem minoribus; verumtamen non simpliciter qua minores sunt, sed ob caussam si capti sint; ut huic beneficio non magis ætas quam læsio et circumscriptio locum faciat, *L. quod si minor, §. 1. L. non omnia, D. de min.* Rursum personæ beneficium esse dixeris, quia non omnibus qui læsi sunt, tribuitur, sed tantum minoribus; nunquam majoribus de eo quod cum majore gestum fuerit, *L. 3. §. sed utrum, D. eod.* Hinc ergo, ut dixi, ex genere et conditione beneficii superior dubitatio. In qua de suprascriptis personis ita jus constitutum est. Quod ad heredes attinet, exstat de his generalis definitio Ulpiani ad omnes species restitutionum pertinens in *L. non solum, D. de in int. rest.* in hanc sententiam; non solum eorum, qui Reipublicæ caussa abfuerunt, item cæterorum qui ex aliis caussis quam propter ætatem ipsi in integrum restitui potuerunt; sed etiam minorum successores omnes in integrum restitui posse. Ac ne quid ad fidem in hac specie desideretur, exstat de ea ipsa specie propria definitio ejusdem Ulpiani in *L. minor, 18. §. ult. D. de min.* in hæc verba: *non solum minoribus, verum* (5) *successoribus quoque minorum datur in integrum restitutio, etsi sint ipsi majores.* Et ita in omni genere restitutionum sæpissime esse constitutum, tanquam in re non dubia, ipse idem scribit in *d. L. non solum, de in int. rest.* Illud adjiciemus, sic heredibus in integrum restitutionem dari, ut detur his non totum statutum tempus ad in integrum restitutionem, nisi forte id totum integrum habuit defunctus moriens; sed id duntaxat quod habuit reliquum defunctus cui heredes exstiterunt: hac lege tamen ut, si minores successerint, non ante (6) compu-

(5) Fr. de Caldas *in definit. v. Minoribus n. 43. et seqq.* Mudæ. ad *L. 6. Cod. hoc tit.* Mauric. *Cap. 15. et Cap. 156.* Odd. *P. 1. Q. 56.* Matthæ. de Afflict. *Decis. Neap.* 211. Myns. 4 *Obs.* 19 (Quin et heredem minoris ex persona ejus restitui ut hereditatem adire possit, statuit, in eoque exceptionem regulæ: Hereditas non adita non transmittitur, constituit post alios Jac. Schult. *addit. ad Mod. Pist. P. 4. Q. 131. n. 246. et seq.*) Et aliis qui loco heredum *d. L. 6.* ut fideicommissarius universalis cui non modo restitutio quæ testatori competebat datur, sed et quæ heredi fiduciario minori, si læsio circa res fideicommisso subjectas contigit, et inde damnum fideicommissario, Ludovic. a Peguera *Decis.* 118. dominus minoris in servitutem redacti, pater qui in peculio *d. L. 6. L. 3. §. 9. de minor.* Ubi *heredem* exponit *dominum* A. Fab. *ibid. et 4. Conject.* 5. quia non alius filiusfamilias quam miles successorem habere potest. Et absurdum in peculio alio quam castrensi patrem succedere quasi heredem. Atqui diserte dicitur pater quasi heres heredis filiifamilias *L. 6. §. 4. de statu-lib.* fatente Fabro *d. Cap.* 5. sed diversam rationem esse comminiscente. Sed hæc pluribus non exsequor. Cæterum et ad singularem successorem transire potest ex voluntate minoris restitutio, cum alteri cedi possit *L. 24. pr. hoc tit. L. 20. §. 1. de tut. rat. et distr.* vid. tamen Pet. Barbosa ad *L. quia tale 14. (alias 13.) Sol. matr. n. 62.* Quia ex cessione agitur nomine cedentis, et persequutiones quoque extraordinariæ cedi possunt *L. 2. §. pen. de act. empti* Caldas *d. loc. n. 47.* Mudæ. ad *L. 6. Cod. hoc tit. vers. denique et illud.* Mauric. *Cap. 18. et seqq.* Odd. *P. 1. Q. 49. Art. 2 et 3.* de Tiraq. *de Retr. lignag. §. 26. Gl. 3. n. 13.*

(6) Ita et Mauric. *Cap. 20. n. 1. et 2.* Caldas *in definit. v. læsis n. 16.* Sed Ant. Fab. ad *d. L. 19.* hoc reprobat, putans duplici hac restitutione egere minorem: una ex persona defuncti cui successit adversus caussam vel negocium in quo is læsus 2.° ex propria persona adversus lapsa tempora petendæ restitutiones *d. L. 19. verbis hoc enim ipso decepius etc.* Nec obstare, quod si minor adolescentiæ annos prætergressus Reip. caussa abes-

tetur his id reliquum tempus quam vicesimum quintum annum excesserint: quæ sententia est *L. interdum*, 17. *D. de min.* Hoc ideo, quia in iis quæ minores ad juris sui persecutionem jure facere debuerunt non computatur adversus eos minor ætas, nec per id tempus adversus eos cedit ulla temporis præscriptio, *L.* 2. *L. ult. C. in quib. cau. in int. rest. nec. non est.* Cum autem de heredibus minorum ita in proposito statuerunt veteres, apparet eos prius hoc statuisse, in integrum restitutionem minorum esse beneficium caussæ quod alioqui non transiret ad heredes, *d. L. quia sol. matr.*

VII. Quo posito, convenire videbatur omnino ut et idem beneficium daretur minoris fidejussoribus ad quos defensiones reo tributæ, dum personales non sint, non minus pertinent. Nunc autem, quod non dico novum sed mirum ac magnopere repugnans videri possit, sic de his jus constitutum est, ut quæ in integrum restitutio heredibus minoris competit, ea denegetur ejus fidejussoribus, si nihil amplius quam de beneficio ætatis agatur. Sane enim, si minor dolo adversarii circumscriptus fidejussores dederit, competet et fidejussoribus doli exceptio eadem quæ et minori decepto competeret; quoniam hæc non personæ tribuitur exceptio, sed caussæ; quam constat in eadem caussa omnibus deceptis tribui etiam majoribus, *L.* 7. in fin. *D. de excep. L. ult. C. de fid. mi.* Sed (7) remoto adversarii dolo, si tantum in re deceptus sit minor ut sola ei relinquatur ad rem rescindendam in integrum restitutio, de quo nunc agitur; placet, inquam, fidejussores ejus eodem auxilio non juvari: sententia constanter tradita, in *d. L.* 7. in fin. *de exc. L. in caussa*, 13. *D. de minor. L.* 1. *C. de fid. minor.* Cui sententiæ multa adversantur, sive conditionem rerum quæ in hac specie insunt, sive scriptorum quorumdam contrariorum auctoritatem spectes. In summa autem objiciuntur huic sententiæ quatuor ex quibus primum levius; cætera hujusmodi ut non facile quivis eorum rationem explicet efficiatque, ne videantur contraria: de quibus quam brevissime poterit respondebo.

VIII. Primum ergo illud est quod sibi ipsi opponit Ulpianus et simul diluit in *d. L. in caussæ*, 13. *de minor.* Id tale est, si explicetur plenius. Quoties debitori tribuitur quoquo remedio ne teneatur, si fidejussore ejus convento futurum est ut fidejussor adversus eum regressum habeat judicio mandati aut negotiorum gestorum; placet fidejussori idem auxilium competere propter rei personam, ne is per fidejussorem oblique conveniatur, *L. quod dictum, D. de pact. L. ult.* in fin. *C. de usur. rei jud.* At fidejussor qui pro minore, mandatu ejus, tutore aut curatore auctore fidejussit, si denegata ei ex persona minoris in integrum restitutione cogitur creditori solvere, mandati actionem habet adversus minorem, qua pecuniam solutam ab eo repetat; ut hoc facto minor ab ipso creditore per fidejussorem conveniri videatur. Quamobrem et fidejussori in hac specie succurrendum est. Sed hoc, ut dixi, levius, quod et non difficile expedit Ulpianus in *d. L. in caussæ*, 13. Negat enim in proposito ullum hujusmodi periculum minori a fidejussore metuendum, quia et minori adversus fidejussorem æque ut adversus creditorem succurratur, ne his quidquam cogatur præstare. Et recte. Uterque enim minoris creditor est et, dum utrique se obligando onus quod licebat non suscipere suscipit, hoc ipso læditur, satisque est hæc captio ad in integrum restitutionem adversus utrumque impetrandam, *L. non omnia*, *D. de min.* (in *L.* 1. *C. de fid. mi.* ita scriptum est; *si fidejussores pro minore pecuniam solverint aut condemnati fuerint*, minorem ab his mandati judicio conveniri posse; sed additur exceptio, si modo minor *eo quoque nomine restitutionis auxilio non juvetur*) Plane, si dolo minoris de ætate sua mentientis deceptus sit fidejussor ut tanquam pro majore fidejuberet, sic tenebitur creditori fidejussor sine ullo auxilio in integrum restitutionis, ut tamen pecuniam solutam aut in quam condemnatus erit utiliter repetat judicio mandati a minore sine metu in inte-

se cœpit, tempus non currit nisi a die quo rediit, continuato privilegio ætatis cum privilegio justæ absentiæ, *L.* 1. 2. 3. *C. de temp. in int. rest.* Nam ibi utrumque competit eidem personæ, quanvis ex diversa caussa. Hic vero alterum ex defuncti persona, alterum ex propria. Nec ex illa potest esse privilegium minori quo defunctus ipse, si viveret, restitui non posset.

(7) Consentit Duar. *ad tit. C. de fidei. min.* Quia si dolo deceptio, competit restitutio propter rem et genus caussæ. Nam exceptio doli daretur quoque majori. Sed si in re sine dolo, non daretur alii qui minor non esset et idem *de acquir. hered. C.* 6. *f.* 456. vid. hac de re Mudæ. *ad d. tit. Cod.* Anton. Fab. 8. *Conject.* 3. Mauric. *Cap.* 14. Old. *P.* 1. *Quæst.* 48. Caldas *in defin. v. minoribus* . 46. *et seqq.* Trentaciuq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. tit. de Minorib. Resol.* 4.

grum restitutionis. Effectum est enim supra in delictis minoribus non succurri, *L. si ex causa*, §. *nunc videndum*. *D. de minor.* Quod cum in hac specie possit interdum contingere; non frustra in *L.* 1. *C. de fid. mi.* scriptum est, si minor auxilio ætatis adversus fidejussores suos non juvetur, posse eum ab his, pecunia soluta aut ipsis condemnatis, conveniri. Stulte id ita definiretur, si semper posset minor adversus fidejussores adjuvari. Tum enim sine ulla conditione ita simpliciter definiri oporteret, minorem a fidejussoribus, quamvis pecuniam pro eo solvissent, conveniri non posse, quia eo quoque nomine auxilio ætatis adjuventur. Sed idem definitum est illo modo non stulte, quia potest incidere tempus eum minor eo nomine non juvetur. Quodnam igitur? id quod dixi, si minor fidejussorem dolo ad fidejubendum pro ipso fidejusserit.

IX. Venio ad ea quæ superiorem sententiam premunt cominus, nec ita facilem explicatu rationem habent. Objicitur ergo secundo loco conditio obligationis fidejussoriæ, quoties de liberato reo agitur. De ea sic jus est ut in omnibus speciebus liberationum, liberato reo, liberentur et accessiones; cujus generis sunt fidejussores et pignora, *L. in omnibus speciebus*, *D. de sol.* Jam vero minor reos beneficio in integrum restitutionis consequitur ut liberetur. Valeat igitur et jus superius in horum fidejussoribus ut bi eodem beneficio liberentur. Responden: quod dicitur, liberato reo liberari et accessiones, ut fidejussores, de vera liberatione accipiendum est; cum scilicet ita liberatur reus, ut tollatur obligatio vel ipso jure vel per exceptionem jore comuni competentem. Quod, si manente obligatione consequatur reus aliquo modo ne teneatur, magis dicitur persona eximi obligationi quam liberari. Ac tum etiam, quanvis subducta de medio persona debituris, nihilominus tenentur ejus fidejussores, quia subsistat obligatio cui fidejussores accedant, *L. ult. D. de. duo. re.* Hoc autem genus exemptionis cernere est in persona minoris obligati, cum in integrum restitutione utitur. Utcumque enim hanc impetrarit, tenetur tamen utroque jore et civili et naturali. Civili constat; cum ideo utatur restitutione, quia mero jure et communi tenebatur, *L. in caussæ*, 16. *D. de min.* Naturali autem tenetur propter conventionem et fidem datam, *L. cum amplius*, §. 1. *D. de reg. jur.* Sed cum ita teneatur, extraordinario auxilio consequitur prætoris, propter periculum quod alioqui illi ætati imminet, ne conveniatur, *L.* 1 *d. L. in caussæ*, 16 *de min.* Ita manente obligatione, eximitur solum persona obligationi: quo fit, ut exempta licet persona minoris, nihilominus in obligatione maneant ejus fidejussores: quod et supra quoque initio attigimus, cum ageremus de persona minoris quæ locum faceret huic beneficio.

X. Jam et tertio loco consideretur illud quale sit, quod multo est superiore gravius, exemplum, inquam, heredum minoris de quibus diximus, et in hoc exemplo conditio beneficii in integrum restitutionis: quibus prima fronte quid potest videri magis contrarium? Placet heredibus minoris dari in integrum restitutionem, quæ defuncto competierat. At quamobrem? non alia id quidem ratione, quam quod caussæ beneficium fuit vel in totum vel ex parte; quod si esset personale, non transiret ad heredes, *L. quia*, *D. sol. mat.* Detur igitur et hoc idem minoris fidejussoribus ad quos eadem beneficia et commoda rei pertinent, *d. L.* 7. *de exc. L. ex persona*, *de fidejussor.* idque sic recte colligamus. Quodcumque auxilium ad liberationem reo competit, si caussæ cohæret, omne fidejussoribus competit. In integrum autem restitutio quæ ætati tribuitur, hujusmodi beneficium est: argumentum certissimum quod etiam heredibus minoris competit, non competitura si esset beneficium personæ. Necesse est igitur et hanc fidejussoribus minoris competere; aut certe prius illud tollendum quod dicimus competere eam minoris heredibus. Sed verum hoc prius, traditum tot locis. Verum ergo et posterius. (8) Recte hic Bartolus ad *L.* 2. *C. de fid. min.* si modo

(8) Et ita quod hoc beneficium non sit mere personale, sed mixtum statuunt DD. vid. Mauric. *Cap.* 13. Caldas *d. loc. n.* 41. Myns. 4. *Obs.* 18 Petr. Barbosa ad *L. quia tale* 13. (ipsi 14.) *Sol. matr. n.* 49. *et seqq.* Et convenit A. Fab. ad *L.* 6. *de in int. rest.* Etsi enim restitutiones omnes plerumque dentur ob caussam quæ personalis nec ad heredes transit, dantur tamen ad rem ipsam et ratione gesti negocii. Et ibidem dicuntur redintegrandæ non personæ, sed rei et caussæ actiones *supra Cap.* 4. *n.* 3. *sub. fin.* Nec tantum personæ tribuitur restitutio, sed et caussæ quæ meruit præcipuum favorem, *L.* 42. *de admin. tut.* add. Gomez 2. *Var. Resol.* 4. *n.* 6. Diss. Rebuff. *hoc tit. Artic.* 2. *Gl.* 5. *n.* 14. *et seq.* qui statuit esse beneficium personale. Nam heres, ait, nomine minoris petit restitutionem, non suo, et censetur idem cum defuncto. Atqui alia quæ personalia dicuntur beneficia heres nomine decessoris non habet. Diss. alii qui reale statuunt, quod et Senatoribus Curiæ Spirensis visum refert Myns. *d. L.*

id quod posuit recte statuere et ejus rationem explicare potuisset, fatendum esse, ait, restitutionem in integrum beneficium caussæ esse; sed et idem esse personæ, ut simul res quæ in hoc beneficio spectantur et propter quas beneficium tribuitur. Caussæ est sine dubio, quia non tribuitur minoribus hoc ipso quod minores sint et aliquid gesserint; sed ita si eo facto inciderint in captionem, atque ita ob hanc captionem et læsionem, non aliter, *L. non omnia. D. de min.* Quod ni ita esset, auxilium senatusconsulti Vellejani quod mulieribus quæ intercesserunt tribuitur, non esset auxilium caussæ sed personæ; cum mulieribus solis quæ pro alio intercesserint tantum detur. Nunc autem caussæ est et pertinet ad mulieres fidejussores, *d. L. 7. D. de exc.* quia scilicet mulieribus datum, non tantum quia mulieres sint, sed etiam quia intercesserint, idest virili officio functæ sint. Rursum restitutio in integrum minoris beneficium personæ est, quia ita tribuitur ob hanc caussam: ut tamen non aliis competat quam minoribus, idest certo huic generi personarum. Quod caussæ est ea re fit ut competat heredibus minoris: quod personæ est eo fit contra ut denegetur ejus fidejussoribus: ut intelligamus videlicet in persona heredum minoris hoc beneficium haberi pro beneficio caussæ: in persona autem fidejussorum minoris haberi pro beneficio personæ. Hoc ille ad istam sententiam: sed, nulla addita hujus distinctionis ratione, fecit ut magis ridenda hæc distinctio quam sequenda videretur, et ipse judicaretur eam distinctionem potius elabendi caussa quam judicio posuisse. Etenim si hic subsistimus, quis non putet responsum esse nugatorium? Quid enim, an non licet rationem hoc modo invertere? quia beneficium caussæ est, detur fidejussoribus; quia personæ est, denegetur heredibus. Aut cur non licet dicere etiam hoc modo, quod sit absurdius? quia beneficium caussæ est, detur utrisque et heredibus et fidejussoribus minoris: rursum quia personæ est, et his et illis denegetur. Quæ sunt ajentia et negantia, potius ἀπόφατα quæ simul consistere non possunt. Et ita res habet omnino ut, nisi idonea ratio redditur cur hoc beneficium in fidejussoribus minoris magis pro beneficio personæ esse interpretemur quam in ejus heredibus, incurrat superior distinctio in istas reprehensiones, ut merito cum risu ejicienda videatur. Atqui si rationem differentiæ quærimus, non modo prima fronte ea non occurrit, sed etiam vera ratio videtur alia omnia postulare. Demus enim hoc beneficium propter heredes minoris sic accipi tanquam beneficium caussæ, ut his ipsis consulatur. Certe, hoc posito, illud potius necessario effici dixeris hac ratione multo magis tribuendum esse fidejussoribus. Certi enim juris est nec minus æquitatis notæ, ut naturalis est pro laborantibus favor, ita magis favendum plusque tribuendum esse iis qui de damno vitando laborant quam qui de adventitio lucro faciendo, *L. non debet actori. §. 1. D. de reg. jur. L. ult. vers. pen. C. de codic.* Porro heredes minoris qui ex hujus persona restitutionem in integrum sibi dari postulant, laborant de lucro hereditatis obtinendo, qualis hæc hereditas a minore relicta est: fidejussores autem qui eandem restitutionem sibi concedi desiderant, laborant de damno rei suæ, ne scilicet cum solverint, pecuniam solutam amittant, amissuri utique si hanc solvere coguntur nec possunt a minore repetere. Quare, si beneficium in integrum restitutionis in persona heredum pro beneficio caussæ habendum est ut ad eos transeat, atque hoc modo his consulitur de lucro alioqui laborantibus; quanto magis in persona fidejussorum minoris hoc idem beneficium pro beneficio caussæ habendum erit, ut his succurratur de damno sollicitis? De quibus respondeo, vere hæc dici omnia, et ita in fidejussoribus quoque minorum vel multo magis statuendum fuisse, nisi hi pro minore fidejubendo hoc ipsum auxilium, quatenus causæ est, conventione (9) sua sibi præcidissent, et se pro persona ipsa teneri voluissent. Quod si fecerunt,

(9) Ita et Valla *de Reb. dub. Tr.* 20. *n.* 5. Quia ad hoc adhibetur fidejussor ut creditori cautum sit, Cujac. 19. *Obs.* 29. quia fidejussor in hoc accipitur ab eo qui cum minore contrahit, quod ei potius quam minori fidem habeat. Ad hæc est quod sibi imputet fidejussor, si minoris qualitatem non ignorans pro eo intervenit. Nec audiendus si vult contra propriam obligationem venire, cessante in eo caussa restitutionis, læsione nempe cum lubrico ætatis conjuncta. Heredi vero nihil est quod imputetur, et petita quoque ab eo restitutione, caussa restitutionis perseverat, cum non contra proprium factum veniat. Convenit in effectu Petr. Barbosa ad *d. L. quia* 14. *Sol. matr. n.* 50. Quia qualitas personalis impedit, realis autem admittit trasmissionem, in hac pugna assumit naturam simplicis æquioris et benignioris. Æquum autem est heredem minoris qui eandem obligationem suscipit, commodo eodem frui. Fidejussor autem ex alia et sua obligatione convenitur. Diss. A. Fab. 8. *Conject.* 3. *et ad L.* 51. *de Procur. et ad L.* 13. *h. t.* putans fidejussorem, etsi sciverit conditionem minoris, restitutione ex ejus persona

satis conventione sua excluduntur, quæ ex edicto de pactis inter omnes servanda est. At hoc faciunt fidejussores, cum scientes minorem esse, pro eo intercedunt. Certum est enim, qui fidejussores a minore dantur, eos eo consilio se dare et simul accipi a creditore, ut pro persona ipsa minoris intercedant et creditorem securum reddant adversus periculum restitutionis personæ. Qui autem ita intercedunt, apparet eos tacita conventione velle beneficium minoris sibi personæ esse, ne scilicet eo utantur, eademque opera simul ei beneficio, quatenus caussæ est, renuntiare. Merito igitur hac conventione tacita excluduntur ab hoc beneficio, ne decipiantur creditores qui fidejussores accipiendo adversus restitutionem personæ sibi cautum voluerunt; significaturque obiter hæc ratio, si quis attendit ab Ulpiano in *L. in caussæ*, 13. *D. de min.* Nullum hujusmodi factum aut conventio cum obstet heredibus minoris quod eos ab hoc auxilio arceat, recte eo utentur, quatenus beneficium caussæ est, non quatenus personæ. In dubiis enim (10) benigniora præferenda sunt *L. semper in dubiis. D. de reg. jur.*

XI. Enimvero etiam huic solutioni occurritur exemplo exceptionis Vellejani, quo et maxime confirmatur superior objectio. Probatur enim hoc exemplo dilucide, quanvis sit aliquod beneficium partim caussæ, partim personæ quod debitori in eo quod debetur competat, nihilominus fidejussoribus ejus in ea re idem beneficium tribui, ut proinde id nec in persona fidejussorum habeatur pro beneficio personæ sed caussæ quo bis consulatur itidem ut debitoris heredibus, nec fidejussores ulla conventione tacita de periculo personæ præstando ab eodem beneficio excludantur. Id autem demonstratur hoc modo. Similia beneficia sunt, in eo de quo agitur, in integrum restitutio quæ minoribus obligatis competit, et exceptio Vellejani quæ tribuitur mulieribus iis quæ pro alio intercesserunt. Utrumque enim pariter partim caussæ beneficium est partim personæ. De restitutione in integrum minorum dixi ante. Eadem conditio est exceptionis Vellejani, ut et paulo ante attigi. Nam hæc senatusconsulto datur mulieribus ob certam caussam; nempe hanc, si intercesserint: itaque hactenus caussæ beneficium est. Rursum in hac ipsa intercessione non tribuitur hæc exceptio omnibus qui intercesserint, sed solum mulieribus: et hactenus persona locum beneficio facit. Atqui si mulier pro alio intercedens pro intercessione sua fidejussores dederit, placet quæ exceptio Vellejani ei competit, eandem competere et ejus fidejussoribus, ut diserte scriptum est in *d. L.* 7. *D. de exc.* ubi tamen constat fidejussores ab ea dari ut periculum exceptionis personæ ejus cohærentis amoverent creditori; ut sic declaretur non ideo eos hac conventione impediri quominus eodem beneficio tanquam beneficio caussæ utantur. Quapropter et in restitutione in integrum minorum in qua alia sit conventio fidejussorum pro minore intercedentium, nihilominus fidejussoribus ejus tribuendum est, nec quidquam impediet superior conventio. Respondeo, recte ita colligi, siquidem similia essent per omnia in eo de quo agitur, in integrum restitutio minorum et Vellejani exceptio. Nunc autem cæteris rebus hæc beneficia similia unum dissimile habent, quod ista in ea transmissione de qua quærimus, merito distinguit. Utrumque beneficium fateor, partim caussæ est, partim personæ. Etiam fidejussores qui pro muliere intercedente fidejubent, id agunt ut periculum liberationis quod a persona mulieris metuitur, in se suscipiant, similiter ut qui pro minore fidejubent. Sed hoc interest quod restitutio in integrum etiam maxime impetrata minorem (11) non liberat, sed tantum eximit obligationi, ut supra docuimus; ut proinde manente obligatione, necesse sit et fidejusso-

uti, si tanquam pro quolibet alio fidejussit, id est quomodo interveniret etiam pro majore; sic accipit *d. L.* 51. *de Proc. et L.* 89. *de acq. her.* Tunc demum negari restitutionem, si diserte hoc actum ut fidejuberet tanquam pro minore, contemplatione juris prætorii, *L.* 95. §. 3. *de solut.* adversus periculum et metum restitutionis

(10) Accedit quod quodammodo minoris ipsius interest, ut post mortem ejus detur heredibus restitutio. Neque alioquin tanto pauperiorem hereditatem relinquat, quam vix quispiam adire velit. A. Fab. *ad L.* 18. §. *ult. hoc tit.*

(11) Ita et objectioni isti quod accessoria obligatio sine principali substistere nequeat, (quam et Donellus ita solvit, *ut supra h. Cap. n.* 9) resp. Duar. *ad tit. C. de fid. min. in fin.* Restitutio non tollit obligationem ipso jure, nullo enim prætoris auxilio obligatio civilis perimitur. Et A. Fab. *ad L.* 48. *pr. h. tit.* Obligationis vinculum jure civili contractum, non nisi legitimis modis dissolvi potest. Inter illos vero non est restitutio, quippe quæ juris prætorii. Et ita Bald. *ad L.* 1. *Cod. de fid. min.* elidi per restitutionem obligationem principalem, non tolli, *L.* 41. *h. t.* Valla *de rebus dub. tr.* 20. *n.* 5. Mauric. *Cap.* 13. *n.* 6. *et* 7.

res in ea retineri propter conventionem illam tacitam qua id agitur, ut periculum quod a persona minoris est creditori amoveant. Exceptio autem Vellejani mulierem quæ intercessit, liberat; est enim exceptio perpetua prodita jure communi, puta senatusconsulto Vellejano. Cujusmodi exceptionem qui habet, ut ipsa non magis tenetur quam si jure ipso nulla esset adversus eum actio, *L. nihil interest, D. de reg. jur.* Hinc illa: pecuniam quæ propter exceptionem non debeatur, debitam non esse juribus, id est omni jure, *L.* 3. §. 1. *D. de pec. const.* Item eum qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere posse, *L. qui exceptionem, D. de cond. ind.* Quod certe non faceret, si ante vel natura debuisse extimaretur, *L. si pœnæ*, in pr. *C. eod.* Hæc res facit ut, quanvis fidejussores mulieris pro ea intercedente obligari voluerint, et quidem ita, ut auxilio mulieri competente, tanquam auxilio personæ cohærente, constituerent se uti nolle; non tamen eo magis obligari possint secus quam fert obligatio principalis rei. Obligatio enim fidejussoria accessio est principalis obligationis, nec plus potest esse in accessione quam in principali re: non denique quisquam fidejussor ita adhiberi ut in duriorem caussam obligetur, §. *fidejussores. Inst. de fid. L. græce*, §. *illud, D. de fid.* Ergo in hac exceptione fidejussores idem beneficium cum muliere commune habent, non quod non sit etiam ex parte beneficium personæ, non quod item non id egeriot fidejussores ut se omnimodo pro persona ipsa mulieris in omnem eventum obligarent; sed quod, etiam si aperte id convenissent, non tamen conventione id efficere potuerint, repugnante fidejussoriæ obligationis natura.

XII. Postremo, ut desint alia argumenta, oppugnatur certe superior sententia de fidejussoribus minorum certis locis diserte scriptis: in quibus traditur etiam fidejussoribus minoris per in integrum restitutionem succurri. Loci hi sunt *L. minor, D. de mi. L. si pupillus, D. de acq. her. L.* 2. in fin. *D. de adm. tut.* Et de his locis negari non potest hoc ipsum in illis ita scriptum esse; sed probandum est id quod hactenus recte vulgo videtur, jus in illis tradi proprium earum caussarum de quibus illic agitur: ideo ad alias species transferri non debere, nec definitionem generis superiorem ea re mutari. Sed quoniam id certe statui non potest nisi cognita tum unaquaque specie eorum locorum, tum ratione singulorum propria quæ illas species cæterarum numero eximat; utrumque faciendum est, ut et quæ illæ species sint et quæ in his superioris juris ratio consideremus. Species quidem locis lectis patent: quia tamen ex his pendet responsi ratio, eas breviter subjiciamus. In *L. minor, D. de proc.* offeruntur fidejussores pro minore alienæ litis defensionem suscipiente et promittente judicatum solvi. Negat Ulpianus eum minorem in quibus caussis in integrum restitui possit, idoneum defensorem esse quanvis fidejussoribus datis; quia et ipsi et fidejussoribus ejus per in integrum restitutionem succurratur. Similis species *L.* 2. §. *ult. de adm. tut.* In *L. si pupillus, de acq. her.* proponitur pupillus qui, eum heres exstitisset patri, creditoribus hereditariis promisit idem quod ex contractu et caussa hereditaria illis debebatur; et ut facilius impetraret ab his dilationem alicujus temporis, etiam fidejussores dedit Illie scriptum est succurrendum esse et fidejussoribus ab eo datis, si ex contractu hereditario conveniantur. Hæ, inquam, superiorum locorum species sunt in quibus dicimus proprium jus esse, quod placet fidejussoribus minorum eandem in integrum restitutionem competere; non idem in cæteris caussis fidejussoribus tribuendum. Non recte, nisi redditur idonea ratio quæ harum caussarum propria, eas in hac re a cæteris separet. Quod et vulgo omnes intelligunt; idcirco etiam rationem reddunt. Ea est quam ab Accursio traditam ad *d. L. minor, de proc.* cæteri (12) sunt secuti, quod in superioribus caussis, quanvis minori et fidejussoribus ejus succurratur per in integrum restitutionem adversus creditorem, tamen creditor actionem habeat adversus alium ad suum consequendum. Ut quanvis, aliena defensione a minore suscepta, neque ipse neque fidejussores teneantur, habet tamen semper creditor actionem veterem adversus debitorem suum qui in judicio a minore defendebatur. Item, eum pupillus se abstinet, ut maxime non

(12) Ita Mauric. *Cap.* 14. *n.* 9. Odd. *Quæst.* 48. *Art.* 5. Trentacinq. *Lib.* 2. *pract. Resol. titul. de Minor. Resol.* 4. *n* 6. Qui et *n.* 5. fidejussori judicii prodesse restitutio. Quia cum is obligetur ex processu principalis, ex eadem persona commodum sentire debet, *L. ult. in fin. C. de Us. rei jud.* add. Odd. *q.* 49. *Art* 6. Plane si fidejussor heres sit minori, restituitur, *L.* 95. §. 3. *de sol.* Odd. *de Quæst.* 48. *Artic.* 3. Trentac. *de Resol.* 4. *n.* 2. verum qualenus heres, non tanquam fidejussor. Ex. de Caldas in *definit.* v, *Minoribus n.* 48.

teneatur nec ipse nec fidejussores ejus; tamen semper superest crediturihus hereditariis actio qua utantur adversus alios heredes qui hereditatem a pupillo omissam adibunt. Hinc volunt intelligi, si minore et fidejussoribus ejus in integrum restitutis, creditor adversus alium actionem non habeat, tum fidejussoribus minoris in integrum restitutionem non concedendam in necem creditoris: sic enim loquitur Ulpianus in *L. caussæ*, 13. *de minor.*: sin creditor adversus alium actionem habeat, æquum esse nec minorem nec fidejussores ejus inquietari. Et habet hæc ratio nonnullam speciem veri: sed neque superioribus locis omnibus convenit, nec si conveniret, per se satis idonea est propter quam fidejussoribus minoris idem beneficium tribui oporteret. Non convenit certe speciei *L. si pupillus, D. de acq. her.* ubi si pupillus heres qui se pro hereditario contractu tanquam heres obligavit et fidejussores dedit, se postea abstineat, placet omnimodo fidejussoribus ejus succurri. Et tamen hoc casu non semper evenit ut, minore et fidejussoribus restitutis, creditores actionem adversus alium habeant. Non enim possunt adversus alium actionem habere nisi, minore abstinente, alius hereditatem adeat qui hereditariis obligetur. At fieri potest ut nemo alius adeat. Quid enim, si hereditas sit damnosa, quam alii non magis sint adituri quam pupillus eam retinere voluit? ut profecto hactenus dici non possit actionem ullam quæ creditoribus sit adversus alios, in caussa esse cur fidejussoribus minoris succurratur. Sed esto ι demus, in utraque specie superiore restituis minore et ejus fidejussoribus, creditorem actionem habere adversus alium pro quo minor defensor exstiterat, aut alium heredem qui postea hereditatem adiit. Non tamen ne id quidem satis est caussæ cur fidejussores, impetrata in integrum restitutione, creditori non teneantur. Quid enim, si debitor iste principalis aut alius heres vel absit, vel solvendo non sit? Certe hic saltem omnes concedent nihil prodesse, atque adeo nullam esse eam actionem quam inanem facit vel absentia vel potius inopia debitoris, *L.* 6. *D. de dol.* Eo fit ut, si hic istius actionis quæ jure adversus alium est ratio habeatur, valde iniquum sit tum fidejussoribus succurri cum damno et injuria creditoris. Neque vero id concedendum est, ut declaratur in *L. caussæ*, 13. *D. de min.* Et tamen indistincte, ac proinde in his casibus omnibus datur in integrum restitutio fidejussoribus minoris in suprascriptis caussis. Non potest igitur his data videri ob eam caussam quod creditor adversus alium actionem sit habiturus: omninoque hæc ratio et a superioribus locis aliena est, et per se ad id efficiendum de quo quæritur, minime idonea. Vera ratio quæ superiores caussas a regula communi cæterarum eximat, opinor hæc est, quod in his caussis fidejussores pro minore intercedunt non simpliciter, sed pro minore sub certæ personæ qualitate; seu pro minore, quatenus talis aut talis persona est; eam autem personam exuit beneficio in integrum restitutionis. Ut, in *L. minor, de proc.* fidejubent pro minore quidem, sed pro minore ut defensore alienæ litis et quatenus hanc personam suscipit, interposita judicatum solvi stipulatione. In *L. si pupillus, de acq. her.* fidejubent pro minore non solum herede, sed tanquam herede seu quatenus heres est, utpote pro eo qui se obstringat pro contractu hereditario tanquam heres. Id cum fit, ipsa conventione fidejussionis satis aperte id agitur ut, si minor eam personam deponat pro qua intercessum est, fidejussores non obligentur. Dicent enim: nos pro defensore alienæ litis fidejussimus: at hic defensor non est: fidejussimus pro herede quatenus heres est, nempe obligatus pro contractu hereditario; at hic non est heres. Atqui minor qui tanquam defensor alienæ litis aut tanquam heres fidejussores dedit, beneficio in integrum restitutionis consequitur ut utramque hanc personam deponat cum velit, id est ut neutrum sit aut certe utrumque esse desinat. Quapropter, utraque persona a minore deposita, satis vel ipsa conceptione fidejussionis fidejussores liberantur. Non sane ipso jure; nam ne sic quidem minor liberatur, sed eodem genere quo succurritur minori; proinde in integrum restitutione.

XIII. Quæ cum ita sint, sit jam nobis conclusus hic locus, de heredibus et fidejussoribus minoris, cum quæritur an his quoque in integrum restitutio ex persona minoris rompetat; estoque hæc summa. Quæ in integrum restitutio minori beneficio ætatis cumpetit, eadem minore defuncto competit et ejus successoribus omnibus, utpote tanquam beneficium caussæ cohærens, adversus quod nihil faciunt heredes hereditatem adeundo, quamobrem et beneficio renuntiasse videri possunt. Eadem denegatur minoris fidejussoribus, quia pro minoris persona fidejubendo, hoc ipso videntur beneficio caussæ renuntiasse. Ideo enim pro

minore fidejusserunt, ut susciperent in se periculum restitutionis quod a minoris persona metuebatur: neque id aliter fit quam si eo auxilio tanquam auxilio caussæ cohærente non utantur. Neque his patrocinatur minoris liberatio quæ per in integrum restitutionem contingit. Sic enim nun tam liberatur minor quam eximitur persona; et obligatione principali manente, nihil prohibet consistere fidejussoris obligationem. Excipiendi sunt nobis duo casus quibus in hac quæstione justis de caussis etiam fidejussoribus ex persona minoris in integrum restitutio tribuitur. Unus est eum fidejussor pro minore circumvento intervenit. *L.* 2. *C. de fid. mi. L.* 7. in fin. *D. de exc.* Quippe hinc est minori doli exceptio quæ omni ex parte exceptio caussæ est non personæ. Competeret enim in eadem caussa deceptis omnibus etiam majoribus. Ideo in integrum restitutio ex eadem caussa minori competens, et ipsa caussæ beneficium est; quod proinde necesse est etiam transire ad minoris fidejussores, *d. L* 7. *de exc.* Alter casus est cum fidejussor pro minore fidejussit sub conditione certæ personæ, quam personam minor beneficio ætatis deponit: veluti, si fidejusserit pro minore defensore alienæ litis quatenus talis est: pro minore herede tanquam herede et qui tanquam heres se obligarit. Qui pro his quatenus tales sunt fidejussit, apparet eum, si tales non sint, obligari nolle. Desinunt autem extraordinario auxilio tales esse qui in integrum restitutionem comparatam habent, ne defensores heredesve sint. Illud in hac etiam specie diligenter notandum est, satis esse ad defensionem fidejussorum, quod minor in integrum restitutionem jure partam habuit, etiamsi ea non utatur. Quod eo pertinet ut, quanvis is in integrum restitutionem a magistratu non postulet, atque adeo restitui nolit, nihilominus fidejussoribus ex persona ejus in integrum restitutio competat qua recte utantur, etiam invito minore: traditum in hac specie in *L.* 2. in fin. *D. de adm. tut.*, definitum generaliter de omnibus commodis ex persona rei fidejussori competentibus in *L. ex persona, D. de fid.*

XIV. Atque hi sunt quibus in integrum restitutio minorum competit. Adversus quos competat videamus. Et competit adversus aliquem aut ex aliena persona aut ex sua.

XV. Ex aliena: adversus patrem ex re a filio, adversus dominum ex re a servo cum minore gesta, ut (13) pater dominusve restituere jubeatur quod ad eum pervenerit: quod non pervenerit, id ex peculio eorum præstare, *L. quod si*, *§. si servus, D. de min.*

XVI. Ex sua persona adversus omnem ad quem per occasionem rei a minore gestæ aliquid pervenit. Cujus generis tres sunt: is cum quo minor contraxit gessitve aliquid; is ad quem emolumentum facti minoris statim pervenit, quanvis cum eo nihil contractum gestumve sit: tum rei a minore alienatæ quivis possessores.

XVII. Competit ergo primum adversus omnem cum quo minor quid contraxit gessitve, quo quid ad eum perveniret: ut, si quid minor emerit, vendiderit, permutarit, si quid cui promiserit, remiserit, est in integrum restitutio adversus eum cum quo quid earum rerum intercessit, *L. in caussæ*, 13. *§. ult. D. de min.* Et hoc sine controversia; in his enim omnibus itemque similibus minor in eum cum quo negotium gestum est, recte contulit id quod nunc restitui postulat: ut videri possit minor hic eum sibi obligatum habere velut ex contractu ad restitutionem.

XVIII. Competit secundo loco et adversus eum in quem minor nihil quidem contulit, fecit tamen id cujus emolumentum ad eum pervenit aut recta aut per consequentiam. Recta, ut in repudiatione aut abstentione hereditatis, qua minor beneficio ætatis usus est. Nam, si post hanc omissionem alius cui sequenti loco deferebatur hereditas, eam adierit, satis intelligitur dici non posse hunc heredem quidquam accipere a minore. Minor enim omittit hereditatem, non quo eam in alium transferat, sed ut ejus incommodis se liberet. Sequens deinde heres vacantem adit eamque consequitur ita ut consequatur sua aditione solius, non ulla cujusquam traditione. Quod si minor, mutata voluntate, restitui postulet ut sibi eandem hereditatem adire liceat, constitit supra id ei permitti debere. Enimvero etiam illud constitit, non posse eum id facere nisi præsentibus et disceptantibus adversariis ad quos ea res pertinet, ut sint hi adversus quos in

(13) Ne ex facto filii aut servi lucrentur damno minoris. Nam contra ipsum servum nulla restitutio uti nec alia actio, contra filiumfamilias inutilis dum in potestate, delata executione in tempus quo sui juris, *l.* 10. *§. ultim. de fidei.* Ant. Fab. *ad d. l.* 24 *§.* 3. Datur et contra heredes, *L.* 6. *et* 7. *Cod. hoc tit.*

hac re postulet in integrum restitutionem. Adversus quos igitur postulabit? Adversus heredes eos qui omissam a minore hereditatem adierunt. etsi minor neque cum illis contraxerit, neque etiam in eos quidquam contulerit: indicatur in *L. quod si minor*, §. *Scævola*, *D. de min.* Quo jure? quoniam satis est quod ea omissione lucrum oblatum minor amisit, cujus amplectendi occasio sequentibus heredibus facto minoris ac tanquam negotio heredum gesto nata est. Per consequentiam emolumentum rei a minore gestæ ad alios cum quibus nihil gessit pertinet, cum principalem reum liberavit, et ab hoc dati sunt fidejussores aut pignora, at alius est ejusdem obligationis reus. Nam et horum omnium obligatio per consequentiam tollitur, *L. in omnibus, D. de sol. L.* 2. *D. de duob. reis.* Ergo et adversus hos minor recte actionem in integrum sibi restitui postulat, *L. patri*, §. *penult. D. de minor.*

XIX. Postremo *interdum*, inquit Ulpianus, *restitutio et in rem datur minori, idest adversus ejus rei possessorem*, *licet nec eum ea* contraxerit minor nec facto minoris quidquam ad eum pervenerit. *Ut puta*, inquit, *rem a minore emisti, et alii vendidisti: potest desiderare interdum adversus possessorem restitui, ne rem suam perdat vel re sua careat:* hoc ille in *L. in caussa*, 13. §. *ult. de minorib.* Quando ergo potest? declaratur ibidem et fragmento sequenti. Nempe hoc duobus casibus. Uno, si emptor sequens scit rem a minore primum ita venditam fuisse Altero, si ignoravit quidem, sed prior emptor solvendo non est. Quod si (14) posterior emptor bona fide emit, et prior heresve ejus solvendo est, placet nihil novi constituendum adversus possessorem, cum et is bona fide emerit, et res minori nihilominus salva esse possit adversus priorem emptorem agendo cum quo contractum est; hoc, inquam, in *d. L. in caussæ*, in fin. et *L. plane, sequen. de minorib.*

XX. Hæc hujusmodi sunt, ut declarent restitutionem in integrum modo pro actione in personam esse, modo pro actione in rem, modo has ipsas actiones minori tribuere, prout minori commodum esse videbitur, quo quam facillime et citissime jus suum recipiat. Pro actione in personam est ejusque naturam imitatur, cum datur adversus eos cum quibus quid gestum contractumve est a minore, aut ad quos facto minoris aliquid pervenit. Sic enim dator adversus hos, tanquam qui minori ad restitutionem obligati sunt; illi ex contractu, hi quasi ex contractu tanquam negotio eorum gesto. Unde, pro natura actionum in personam, non adversus hos tantum dator in integrum restitutio minori, sed et adversus eorum heredes, *L. plane*, 14. *D. de minorib.* Pro actione in rem est, cum, re a superioribus alienata, placet restitutionem dari etiam adversus ejus rei possessorem; quem tamen constat nec cum minore quidquam contraxisse, nec ex negotio ab eo gesto quidquam accepisse; proinde nec illi obligatum esse. *d. L. in caussa*, 13. §. *ult. de minor.* Sic enim sunt actiones in rem, ut dentur adversus rei nostræ possessorem qui nullo jure nobis sit obligatus, *L. actionum*, *D. de obl. et act.* §. 1. *Inst. de act.*

XXI. Restituit minor (15) has ipsas actio-

(14) Ita et Odd. *P.* 1. *Q.* 32. *Artic.* 17. Sed hæc ita, si in pretio tantum venditionis minor læsus. Ubi si locuples is cui ipse minor vendidit, etsi ab eo res alii vendita sit, potest minor quod deest justo pretio ab illo consequi. Si vero in ipsa venditione læsus, ut si vendidit etsi justo pretio quod retinere debuerat, indistincte dari contra tertium possessorem volunt, non attenta an locuples sit qui a minore accepit, Odd. *d. Art.* 17. *n.* 8. Mudæ. *ad L.* 6. *C. h. tit.* Hoc enim ipso intelligitur non solvendo esse, quod simul atque alienavit restituendi facultatem amisit. Et Mauric. *Cap.* 21. *n.* 7. *et* 8. confirmans hoc ex *L.* 9. *pr. h. tit.* Sed in eo non esse standum simplici affectioni et assertioni minoris, verum probandum ei quod rem ipsam potius habere expediat quam pretium. Confer. Vasq. 3. *contr. usu freq.* 65. Plane si minor venditionis nomine vectigal solvit, restitutio contra venditionem adversus publicanum quoque pro vectigali porrigetur. Parlad. 1. *rer. quotid.* 3. § 5. *n.* 16.

(15) Sententia Donelli videtur quod vel recta institui possit restitutio contra possessorem, vel rescindente judicio prius instituto contra primum emptorem, postea rescissorium intentari contra secundum. Mudæ. *ad L.* 6. *C. h. tit.* Modum hic duplicem esse. 1.° Ut recta petatur restitutio; sique excipiat reus se nihil gessisse cum minore, dicat minor, attamen inspectis meritis negocii, se restitui æquum esse. 2.° Ut recta agat in rem; cumque objicietur alienatio, per replicationem eam rescindi petat; vel statim in actionis exordio profiteatur se vindicare auxilio restitutionis. Et Mauric. *d. C.* 21. Restitutionem esse in rem scriptam, nec necesse ut prius conveniatur primus emptor, ne pluribus litibus minor intricetur. Sed A. Fab. 7. *Err. prag.* 2. non posse recta exerceri contra tertium possessorem, nec unquam eum cogi ut litem de restitutione suscipiat, a quo minor captus non est. Sed, rescisso contractu adversus eum qui minorem læsit, aliquando effectum restitutionis adversus tertium porrigi. Idem est, etsi emptio per plu-

nes, cum prætor, omissa plena cognitione sua quæ dicitur cognitio prætoria, aut actionem veterem in personam minori dat, rescissa acceptilatione quæ debitorem suum liberaverat, aut dat judicium in rem tanquam domino, rescissa alienatione qua primum res a minore exierat. Iudicantur hæc in hac specie restitutionis in *d. L. in caussæ, §. ult. de min.* apertius in restitutione ejus quod metus caussa gestum est, in *L. metum, 9. §. sed quo prætor,* et *§. volenti, D. quod met. caus.* Ex his jam non difficile intelligi potest quid sit illud quod Paulus scribit in *L. quod si minor, §. restitutio, de min. Ex hoc edicto,* inquit, (hoc edictum de minoribus intelligens) *nulla propria actio vel cautio proficiscitur; totum enim hoc pendet ex prætoris cognitione.* Non dixit ex hoc edicto nullam actionem proficisci vel cautionem, id est remedium quo minori cavetur, consulatur; sed nullam propriam, id est eam quæ in specie una esset et certa, ejusque speciei ita propria ut in alias non caderet: nempe ideo quia, ut dixi, modo sola prætoris cognitio adhibetur eaque varie, interdum ut vicem actionis in personam præstet; interdum vicem actionis in rem: modo has ipsas actiones restituit ut his, tanquam veteribus nec amissis, minori uti liceat. Et hoc prout minori expedire videbitur; de quo prætor æstimabit, pendetque id ex ejus cognitione.

XXII. Illud in hac parte memini se oportebit quod in exceptionibus hujus restitutionis attigimus, ex omni numero eorum adversus quos in integrum restitutio postulatur, semper excipiendos esse, ex iis quidem quibus reverentia debetur, parentem, patronum, patronam; ex cæteris minorem cum quo eo nomine agitur. De prioribus Justiniani constitutio est *L. ult. C. qui et adv. quos*, quam in superioribus exceptionibus interpretati sumus: et ad has personas referri oportet exceptionem, velut a Triboniano insertam, quæ legitur in *L. patri, §. ult. D. de minor.* De minore ita jus vetus est minori adversus minorem qui et ipse læsus sit, nullam esse in integrum restitutionem, *L. verum, §. pen. L. si minor. 34. D. de min.* Nam cum in eo quod inter duos minores gestum est, cum ambo capti sunt, par sit caussa utriusque, convenit juxta regulam juris in pari caussa potiorem esse caussam possessoris et ejus unde petitur, *L. in pari, D. de reg. jur.*

XXIII. Ac de his, quibus et adversus quos competat in integrum restitutio satis. Sequitur res de qua hanc ipsam competere volumus. Et si in integrum restitutio recte definitur amissæ rei redintegratio; sic enim initio definivimus, exstatque in *L. 2. C. in quib. caus. in int. rest. nec non est*, vel hinc statim intelligitur omnem in integrum restitutionem de re agenti amissa competere: proinde et hanc minorum competere minori de re quæ ei facto ejus amissa est, ut quod amisit, hoc auxilio ei restituatur. idque est, quod alibi dicitur, restitutionem hoc efficere, ut minor jus suum integrum recipiat, *L. quod si minor. §. restitutio, D. de min.* Item, ne minor in damno moretur, *L. unic. Cod. de rep. quæ fi. in jud. in integr. restitut.* Competit autem minori restitutio de re sua amissa aut quæ, si omissa non esset, erat ejus futura, sive ea res in solidum ejus fuerit, sive fuerit ei cum alio communis. Vendiderunt fundum communem domini fundi, in quibus unus fuit minor: aut iidem de re inter ipsos communi cum alio transegerunt. Minor pro portione sua restitutionem recte implorabit. Nec metuemus ne hoc modo etiam restituantur majores qui rem aut caussam cum eo communem habent, quod est contra sententiam edicti. Sic enim pro parte sua restituetur minor, ut ad communicandum edicti beneficium ejus ætas non patrocinetur cæteris: hoc in *L. unic. C. si in commun. ead. caus. in integ. restitut. post.* Sane si (16)

res personas ambulaverit, *L. 15. §. 1. h. t.* Verum hic minor pretium quod accepit totum vel in quantum ex eo locupletior est, non restituet ei cum quo contraxit, sed possessori a quo rem evincit. Quia restitutio non deretur, si alter qui a minori accepit solvendo esset; alias cum effectu non haberet regressum posterior emptor contra priorem, A. Fab. *ad d. L. 15. §. 1.*

(16) Quia minoris non interesse potest, nisi pro parte sua, ideo non potest petere rescissionem in totum. Quando vero emptoris interest a toto contractu discedi, is auditur ob incommoda communionis ad quam nemo adigendus. A. Fab. *ad d. L. 47.* Objicitur: Appellatio unius consortis prodest alteri Resp. ita, si eadem caussa defensionis quando uterque potuit appellare. Hic diversa, quia major non potest in integrum restitutionem petere. Hæc ita, si res divisionem recipiant. Aliud in caussa individua ubi non potest sentire commodum restitutionis, nisi restitutio consorti communis sit, ut si de servitute agatur, *L. 40. pr. Quem. serm.* vid. Duar. *ad d. L. C. Si in com. ead. ca.* Gomez. 2. *resol.* 14. *n.* 10. Mauric. *C.* 141. *n.* 4. vid. idem *Cap* 185. et 187. Odd. *P.* 1. Q. 46. Trentac. *Lib.* 2. *Pract. Resolut. tit. de Minor. Resolut.* 5. Ant. Gamma *Decis.* 291. Gutierr. *Lib.* 1. *Pract. Q.* 67. Afflict. *Decis Neap.* 213. Mudæ. *ad d. L. un. Cod. Si in com. ead. ca.* P. Heing. *P.* 2. *Q.* 19. *n.* 37. ac

emptor a toto contractu velit discedi, quod partem solum non esset empturus, audiendus est si id prius sibi concedi postulet; ac nisi id præstat minor, deneganda est ei in integrum restitutio, *L. tutor*. §. 1. *D. de min.*

XXIV. Superest finis in integrum restitutionis. Est autem is qui verbis ipsis hujus auxilii satis declaratur, ut scilicet quod a minore gestum est in quo is læsus est, in integrum restituatur. Solum hoc videndum quid his verbis contineatur, id est quid his verbis tribuatur aut adimatur minori. In quo est hujus judicii et omnis in integrum restitutionis effectus. Et horum verborum hæc vis est ut quod cum minore aut ab eo gestum est ita restituatur, ut sint et ipsi minori et adversario omnia integra: qua ex re fiat ut, quasi nihil gestum esset in eo cujus restitutio postulatur, ita unusquisque in eo jus suum integrum recipiat; quod postremum positum est in *L. quod si minor*, §. *restitutio*, *de min.* Cui congruit quod aliis verbis dicitur eadem sententia in *L. unic. C. de rep. quæ fi. jud. in integr. res.* eum qui restituitur in integrum, sicut in damno morari non debet, ita nec debere in lucro. Ac de minore quidem constat restitui ei debere hoc auxilio quod ei facto suo abest et ad alium pervenit, præterquam cum minor restituitur ad adeundam hereditatem. In qua specie constitutum est, quæ antea gesta erunt per curatorem bonorum decreto prætoris ad distrahenda bona secundum formam juris constitutam, rata esse habenda: proinde nihil eorum ei restituendum, quamvis præcedente repudiatione ejus, factum sit ut ea amitteret, *L. in integrum D. de min.* Cætera amissa ei restituuntur, sive ei abest pecunia, ut re ab eo empta, emptionis pretium; sive res, ut rebus ab eo distractis aut alio modo alienatis; sive actio, debitore ejus liberato; sive libertas, obligatione suscepta quam non suscipere licebat; quæ esse solent damna huic restitutioni locum facientia, *L. non omnia, D. de min.* In quarum rerum restitutione illud monendum puto: si quid minori amissum sit in contractu bonæ fidei interposito cum alio, puta in emptione aut venditione, aut si quid ab eo repudiatum quod delatum esset ex caussa legati vel fideicommissi: sic ex his caussis pecuniam aut rem principalem illi restitui debere, ut ex ipso tempore rei gestæ etiam (17) pecuniæ usuræ et rei fructus accedant, quæ una cum re restituenda sint, *L. minor*, 40. in fi. *D. de min.* Et certe hæ accessiones in bonæ fidei judiciis itemque in legatis et fideicommissis ex mora debentur sine alia conventione, *L. mora*. §. 1. *L. usuræ*, *D. de usu.* Ut autem scriptum est in *L.* 3. *C. in quib. cau. in int. rest. nec. non est*, in minorum persona re ipsa, et ex solo tempore tardæ pretii solutionis mora fit: in iis videlicet quæ moram desiderant, id est in bonæ fidei contractibus et fideicommissis et legatis; quæ plane definitio huc referri debet.

XXV. Et de hac parte restitutionis qua minori ipsi consulitur, minor est aut potius nulla dubitatio. Illa pars habere potuit dubitationem qua dicimus etiam minoris adversario succurri oportere. Quid enim si sit major? majoribus non tribuitur hoc edicto in integrum restitutio. *L.* 3. §. *sed utrum*, *D. de min.* Hic igitur diligenter monemur, sic ex hoc edicto in integrum restitutionem esse minori, ut simul sit etiam parata in eadem caussa adversario. Idque verbum in integrum restitutionis aut animadversionis quo prætor in hac re utitur, satis exprimit: cum non sit restitutio in integrum, nisi re irrita facta et in pristinum statum restituta. Quod sane si ab initio fuisset, etiam nunc adversario jus suum esset integrum. Sed et edicti sententia atque æquitas hoc exigunt. Quo enim hæc restitutio edicti prætoris constituta? Ut minoribus consulatur, ne propter fragilitatem capiantur et in aliquod damnum incidant. *L.* 1. *L. quod si.* §. 1. *D. de min.* Non ergo prætori propositum ut minores ex imbecillitate ætatis lucrum quærant cum jactura alterius; est enim contra æquitatem naturæ, *L. nam hoc*, *D. de cond. ind.*

seqq. P. Frider. *Lib.* 3. *de contin. causs.* *Cap.* 15. *n.* 32. Coler. *Decis.* 273 Diss. quodammodo Gomez. *d. resol.* 14. *n.* 10.

(17) *L.* 24. §. 4. *L.* 27. §. 1. *hoc tit.* *L.* 1. *C. Si quis in rem min.* sed percepti ante litem restitutionis, quatenus valor rei pretium a minore acceptum excedit. Pretii enim usuræ cum fructibus compensandæ. Restitutio namque indemnem præstat minorem, non cum damno alterius ditiorem: ita Fr. de Caldas ad *L.* 3 *Cod. hoc tit.* v. *implorare in int. restit.* *n.* 13. Odd. *P.* 1. *Q.* 45. *Art.* 2. vult omnes interim perceptos restituendos esse cum re, etiam consumtos illos ex quibus non factus locupletior, contra Covar. 1. *Var. Resol.* 3. Miror vero qui asseveret Ant. Fab. 7. *Err. Prag.* 6. omnium inter relum vocem esse in tribunalibus omnibus receptissimam, ei qui in restitutione obtinuit, fructus illos solum præstandos qui percepti aut percipi potuerunt a die litis contestatæ; cum contra Odd. *d. Art.* 2. pluribus relatis, communem conclusionem DD. esse testetur ut in restitutionem hanc veniant quoque fructus antea percepti. Vid. et Jo. Co[illegible]us *Lib.* 4. *de fructib. tit.* 1. *C.* 1.

Adversus hanc nulli imperitia aut infirmitas sua patrocinari debet, *L. 1. C. si ad dol.* Nec nos moveat quod isto modo consulitur majoribus. Aut enim deneganda fuit in integrum restitutio minoribus; aut, hac admissa, necesse fuit etiam illam partem admittere, ut hæc pars non tam propter majores inducatur quam propter minores, ut his procedat restitutio quam postulant. Nam minor petens ut restituatur, hoc petit ut rescindatur et irritum fiat quod gestum est, *L. quod si*, §. 1. *L. non omnia*, *D. de min.* Hoc vero impetrato, res eo deducitur ut, quasi nihil ab initio gestum esset, ita sint omnia tam minori quam adversario integra. Restituitur ergo adversario quod ex eodem negotio amisit pervenitque per caussam ejus negotii ad minorem, aut dolo malo minoris factum est quominus perveniret. Si quid pervenit, inquam, ad minorem aut dolo ejus non pervenit; nam cætera non præstat minor qui restituitur. Unde, in integrum restitutione postulata adversus aditionem a minore factam, si quid legatis expensum est, vel pretia eorum qui ad libertatem aditione ejus pervenerunt, a minore refundenda non esse placuit, *L. in integrum*, *D. de min.*

XXVI. Quod autem pervenit ad minorem ita amissum restituitur adversario, ut restituatur quandocunque est quod amisit; puta sive ei pecunia abest, sive res, sive actio.

XXVII. Abest ei pecunia, ut cum rem emit a minore et solvit pretium. Hic si minor in fundo vendendo circumscriptus restituetur, ita jubebit prætor emptorem fundum restituere cum fructibus, ut simul jubeat eum (18) pretium recipere, ut est in *d. L. quod si*, §. *restitutio*, *de min.* et quidem pretium cum usuris ex mora, *L. tutor*, 47. in fi. *D de min.* Sed hoc sic accipiemus, si aut pecunia adhuc exstat apud minorem aut in rem ejus versa est, aut emptor sententia judicis jussus est pretium solvere. Quod si sine judice pretium solutum erit minori et is pecuniam male consumpserit aut aliter perdiderit, Justiniani constitutio est qua cavet eam solutionem minori non nocere, §. *ult. Inst. quib. al. lic. vel non. L. sancimus*, *C. de adm. tut.* Nulla erit igitur his casibus adversario ejus pecuniæ restitutio, et nihilominus minor rem suam recipiet.

XXVIII. Abest res adversario, ut cum rem aliquam vendidit minori, cum eo permutavit, divisit. Si minor adversus hæc restitui volet, restituetur hac lege ut simul etiam adversarius rem suam recipiat quam placet minorem restituere debere, et quidquid ad eum pervenit, vel dolo malo ejus factum est quominus perveniret. *L. unic. C. de rep. quæ fi. in jud. in int. rest.* Idemque placuit minorem facere debere in restituenda hereditate, si is adiit hereditatem et restituitur ut sibi hereditatem repudiare liceat. *ead. L. unic. L. ait*, 7. §. *non solum*, 3. *D. de min.* Quibus ergo hanc hereditatem restituet, cum præter eum nulli alii fuerint heredes? Restituet creditoribus ad quos ea res pertinet. Quibus cum per aditionem obligari cœpisset tanquam heres, necesse habet, si restitui velit et his non teneri, implorare adversus hos ipsos in integrum restitutionem quo ab his liberetur. Ergo restitutus quidquid ad se pervenit his ipsis restituet, quorum in ea caussa res agitur: aut si sequentes in præsentia exsistent qui adire volent, his ipsis fiet restitutio, ut sit apud eos unde creditoribus satisfiat.

XXIX. Abest actio adversario, cum aut minorem pacto vel acceptilatione liberavit, puta in transactione; aut minor a debitore creditori delegatus est, qua intercessione minoris factum ut debitor quoque liberaretur. Hic ergo si minor transactionem rescindi postulet, placet ita eum impetrare, ut adversarius veteribus actionibus uti possit hoc modo, ut si pacto tantum transactum sit, his recte utatur ipso jure: cui si opponetur pacti exceptio, ea doli replicatione elidatur. Sin creditor minorem acceptilatione liberavit, perempta quidem sit pristina obligatio, sed actio ex instauratione negotii creditori tribuatur: hæc in *L. 1. L. 2. C. si adv. trans.* Recte ex instauratione negotii tribuatur. Nam amissa semel actio jure nunquam revocatur, *L. qui res*, §. *aream. D. de sol. L. Mævius*, §. *duorum*, *D. de leg.* 2. Sed hoc,

(18) Etsi casu id perditum vid. *supra C.* 10. *n.* 5. *sub fin.* Nec adstringitur emptor ut probet id versum esse in rem minoris, vid. *d. C.* 10. *N.* 26. *vers. Sed hæc.* Et emptor de meliorationibus et expensis recte agit, remque ipsam eo nomine retinet, *L.* 39. §. *ult. h. t.* vid. Odd. *P.* 1. *Q.* 47. *Art.* 6. *et* 7. Sed si melioratio naturaliter insit et re ipsa ex cursu et qualitate temporum contingit, solvenda non est, ut si per alluvionem quid accrevit; quia restitutionis natura ea tantum quæ ex labore et industria, non quæ naturaliter accedunt admittit. *C.* 1. *Extr. h. t.* ita Fr. de Caldas *in definit v. per quod pristinum jus recuperat n.* 12. Plura de restitutione adversario communi, etc. Odd. *P.* 1. *Q.* 47. Mauric. *C.* 214. Caldas *d. v. per quod pristinum, etc.*

inquam, ita jure ipso. Cæterum a prætore extraordinario auxilio restitui potest, *L. ult. C. si adv. trans.* et ut nunc loquimur, ex instauratione, idest restitutione negotii tribui. Neque in hac specie tantum restituitur creditori actio, ubi recte restituitur adversus minorem ex eodem edicto de minoribus: sed etsi minore delegato interveniente debitor liberatus fuerit ac postea restituatur minor, etiam in veterem debitorem debebit restitui actio, ut est in *d. L. unic. C. de rep. quæ fi. in jud. in int. rest.* consequetur hoc creditor in judicio restitutionis in integrum minoris hoc modo, si jubeatur minor hoc illi præstare, ut debitor veterem actionem in se recipiat idem creditori promittendo, nec prius cogatur creditor minorem per in integrum restitutionem liberare. Sed, et hoc omisso, idem ultro consequi minor potest a debitore per in integrum restitutionem ex edicto de restitutione majorum, ex illa clausula, quæ est in extremo, *Item si qua alia justa caussa mihi esse videbitur, in integrum restituam.* L. 1. L. sed etsi, §. *ult. D. quib. ex cau. maj.* Hæc enim justissima caussa est restituendæ veteris actionis ei qui illam nulla sua culpa, sed beneficio prætoris in minorem collato amisit. Beneficia enim juris in cujusquam injuriam tribui non solent. *L. nec avus, C. de emanc. lib.* Tantum in hac actionis restitutione hoc tenendum erit, si facto minoris actio temporalis sublata sit quo tempore pauci dies creditori ad agendum restabant, restitutionem actioni eam futuram, non ut restituatur actio tota qualis ab initio fuit, sed solum tantumdem temporis præstetur quantum supererat, *L. ult. D. de min.* In universa autem restitutione minorum quam adversario simul præstari debere diximus, sciamus hanc ita a minore exigi, si jussus vicissim restituere quod accepit, uti velit in integrum restitutione. Quod si nolit malitque ex pœnitentia retinere quod habet quam quod amisit recipere; recte (19) placuit potestatem ei faciendam, habereque eum exceptionem utilem in eam rem adversus eum qui ex caussa judicati rem quam deleat petit: et hoc, quia liceat unicuique contemnere ea quæ per se introducta sunt, *L. si judex. D. de min.* Illuc ergo redeo, non esse in integrum restitutionem minori, nisi hac lege ut adversarius in eodem negotio quod rescissum est, jus suum integrum recipiat.

XXX. Cui sententiæ videtur adversari *L. cum minor.* 28. *D. de min.* Ubi sic Celsi definitio est: *cum minor adversus eum cum quo tutelæ egit restituitur, non ideo tutori contrarium tutelæ judicium restituendum est.* Definitio paulo obscurior, proposita specie plana fiet. Propone igitur hoc modo. Minor cujus tutela prius gesta erat, pubes factus, curatore auctore, egit judicio tutelæ cum tutore qui tutelam administraverat, quo diceret ex ea administratione sibi aliquid a tutore deberi. Tutor non contentus negare se quidquam ex ea administratione debere, etiam ultro contrario judicio tutelæ egit; quod diceret se in rem pupilli impendisse quæ sibi etiam deberentur. Re cognita, judex pronuntiavit neque tutorem minori quidquam deb re ex administratione tutelæ, neque minorem vice mutua tutori: ita utrumque utroque judicio absolvit; a qua sententia neuter appellavit. Minor postea adversus rem judicatam in integrum restitutionem postulat, ut sibi de eadem re liceat agere veteri judicio tutelæ; quod et beneficio ætatis impetrat. Ea re motus tutor etiam vicissim postulat sibi restitui contrarium tutelæ judicium, ne impune et suo commodo tantum minor rem judicatam conetur rescindere. Negat Celsus ei restituendum. Non ergo semper verum est, minore restituto, etiam adversarium ex restitutione jus suum recipere debere. Quod et ipsum vere dicitur, idque ipsum in superiore specie ita esse apparet: sed nihil ideo hic prioribus contrarium,

(19) Iniquum enim est ut res judicata noceat ei pro quo judicatum est *L.* 16. *de exc. rei jud.* At in *d. L.* 41. Judicatum pro minore. Nam quod et minor jussus pretium reddere emptori, non tam inde ei condemnatus quam id factum ut justa esset restitutio, A. Fab. ad *d. L.* 41. add. Mauric. *Cap.* 142. *et Cap.* 144 Confer Tiraq *de Retr. lignag. ad finem tituli, n.* 24. *et seqq.* Illud in *d. L.* 41. prioribus non convenire videtur quod dicitur, nec queri poterit *venditor*, cum uno ibi ipse minor vendidisse proponatur. Unde pro eo *emptor* substituunt Cujac. et A. Fab. *ibid.* Sed Lycklama 3. *Membran. ecloga* 16. potius verbum *quæri* passive accipit pro culpari, reprehendi, ad judicem trahi. Nam id familiare Jurisconsultis, vid. P. Fab. ad *L.* 12. *de R. J.* Vel. Guil. Forst. 1. *Obs. succis.* 4. Sic vero minor renunciat restitutioni jam impetratæ. Uti et litem inchoatam deserere potest, ut ex *L.* 6. *Cod. hoc tit.* probat Mudæ. *ibid.* Quia necesse est illic in minore adhuc ætate renunciationem factam esse. Dicitur enim *intra ætatem cui succurri solet.* Quadriennium vero post perfectam ætatem non est *cui*, sed ætas *in qua* subvenitur. Impetrandæ vero renunciari aut facultas petendæ abdicari nequit, Mudæ. *d. loc.* Anton. Fab. ad *d. L.* 41. *in fi.* alias, ait, hoc ipso captus intelligeretur. Vid Odd. *P.* 1. *Q.* 26.

dum recte intelligatur quid sit quod supra intelligi volumus; quod hæc definitio magis aperiet. Quod igitur diximus, minore restituto, etiam adversarium jus suum recipere, de uno et eodem negotio intelligendum est, cujus partem cum minore constituit adversarius ita, ut utriusque persona et consensu accedente contraheretur id negotium; unu ex his detracto non consisteret. Adversus id si restituitur minor qua parte negotium ab eo gestum est; merito dicimus et adversario pro parte sua id negotium restitui, quia restitutione rescinditur negotium inter ipsos, nec potest unum quod ex utriusque persona necessario constabat, pro parte minoris rescindi quin in totum rescindatur. Cujus rei exempla præbent emptio, venditio, permutatio, divisio, transactio et similes contractus: quos ex personis duorum ita constitui videmus, ut nec emptio sine venditore, nec venditio sine emptore intelligi possit, similiterque nec permutatio, divisio, transactio sine persona unius dantis et alterius accipientis. Propone ergo minorem quid vendidisse et adversus hanc venditionem restitui, aut contra, quid emisse et restitui adversus emptionem. Jure fit, et quidem necessario, ut utrobique adversario quoque suum integrum restitui debeat; quia in his minor ex persona sua restitutus facit ut, una parte rescissa, simul et altera rescindatur quæ sine priore consistere non potuit. Idemque in permutatione, divisione, transactione intelligendum est; in quibus item minor pro parte sua restitutus hoc efficit ut in totum nulla sit permutatio, divisio, transactio. Ita, ut dixi, toto negotio restituto, sequitur ut rebus omnibus integris utrioque constitutis, etiam adversarius jus suum quod nullo negotio gestu futurum esset, integrum recipere debeat. Nun idem probandum est, cum duo sunt negotia diversa nihil inter se commune habentia, quorum adversus unum eum restitutus erit minor ita ut totum rescindatur, nihilominus natura sua consistere possit alterum. Cujus generis sunt ea de quibus est definitio superior Celsi, actio tutelæ a minore instituta, et contra tutelæ actio a tutore opposita. Nam (20) et actio tutelæ minori esse potest ut nulla sit tutori contraria: et contra potest tutor contrariam tutelæ actionem adversus minorem exercere, ut nulla sit minori directa tutelæ, *L. 1. D. de contr. et util. act. tut. L.* 1. Quæ res ostendit hæc judicia esse separata, nec quidquam inter se commune habere. Non mirum igitur si, rescisso judicio tutelæ per in integrum restitutionem, non rescinditur contrarium judicium tutelæ quod nulla societate cum priore conjunctum fuit. Sed meminerimus omnem hanc rescissionem negotii quæ per in integrum restitutionem inducitur, constitui tantum inter minorem qui restitui postulat et eum adversus quem postulatur restitutio. Aliis cum quibus forte ante restitutionem quid gessit minor necessitate obligationis susceptæ coactus, hæc rescissio non nocet ut infirmentur ea quæ cum his gesta sunt. Propone minorem institutum heredem adiisse hereditatem et, priusquam restitueretur, servus hereditarios ex fideicommisso manumisisse, aut solvisse quibusdam creditoribus. Si postea in integrum restitutus fuerit, respondit Papinianus et manumissos retinere libertatem nec pro ea quidquam præstare cogendos, etsi ab iis qui pecuniam suam recuperassent alii creditores sibi quid inde communicari vellent, eorum querelam non esse admittendam, *L. si mulier*, 31. *D. de minor.*

(20) Ita et Cujac. ad *d. L.* 28. hic duo judicia, species separatæ, nec contrarium cum directo quid commune habet, et Duar. *ad t. C. Si adv. trans.* ac Ant. Fab. *d. L.* 28. Etsi pendeat utraque actio ex eadem causa, diversæ tamen sunt, diversis competunt, ad effectus diversos.

# HUGONIS DONELLI

## JURISCONSULTI

# COMMENTARIORUM DE JURE CIVILI

## LIBER VICESIMUS SECUNDUS

### De Exceptionibus, seu Praescriptionibus.

### CAP. I.

Quid sit exceptio, quid præscriptio, et unde hæ appellationes ductæ.

*Transitio ad exceptiones. Hæ quomodo in judicium a reo deducantur.* I. II.
*Exceptio quid sit. Definitio per partes exponitur.* III.
*Unde dicta: et cur eadem a S. C. Pauliano conditio appelletur.* IV.
*Exceptio a præscriptione discrepat nomine dumtaxat: res eadem; utriusque significatio promiscua.* V.
*Præscriptio cur ita nuncupetur. quæ nominis notatio et origo.* VI.

I. Atque hæc hactenus de in integrum restitutionibus tum majorum tum minorum; neque id solum, sed in universum de omnibus actionibus, sive quæ juris nostri integri, sive quæ amissi sint actiones: quo in genere posteriore in integrum restitutiones posuimus. Cum ergo de iis rebus quæ in judicium deduci solent proposuerimus has duas esse, ab actore actionem, a reo exceptionem: actionibus cognitis quarum cognitione ad omnem juris nostri rectam persecutionem informemur, restant exceptiones tuendis contra reis comparatæ, de quibus ordine cognoscamus.

II. Nulla vero res, cum ab actione discesseris, in judicium principaliter deducitur quam a reo exceptio, quod ita liquere potest. Omnis enim cum quo agitur, qui modo non fateatur ultro quod petitur, sed contendere paratus sit, ad omnem defensionem suam aut (1) inficiatione intentionis utitur, aut depulsione, quam exceptionem seu præscriptionem in usu juris appellamus. Inficiatio est qua negat reus ullam actionem actori in eo de quo agitur competere. Ea duplex est, simplex, aut cum affirmatione novi facti conjuncta. Simplex, cum reus simpliciter negat factum id quo nomine agitur, quo remoto tanquam actionis caussa, etiam actio tollitur. Ut, actor decem petit quæ se dicit mutua dedisse: reus a quo petitur negat data. Aperte hæc inficiatio (2)

(1) Anton. Massa Gales. *Tr. de Except. initio*: In omnibus, ait, caussis tres gradus ex quibus aliquem reus ad resistendum capiat oportet. Aut factum negat ubi constitutio caussæ conjecturalis; aut negat eam vim habere ubi definitiva; aut tale esse quale actor dicit ubi status qualitatis, juridicialis, negocialis, negata conclusione libelli. Quæ ex Cicerone et Rhetorum libris sumpta, et convenit Mercer. 2. *Opin.* 10. Obrecht. *de Lit. contest. C.* 5. *n.* 28. *et C.* 8. *n.* 1. Responsio rei alia directa, cum ad caussam principalem respondet, simpliciter factum vel jus caussæ negando. Alia indirecta quando exceptio opponitur.

(2) Et quod hæc mera et absoluta negatio facti non sit, vera exceptio, communis etiam inter retibus placuit; teste Covar. *in C. possessor malæ fid. de R. J. in* 6. *P.* 1. *relect. princ. n.* 5. Et probat post alios Wes. *Par. D. h. t. n.* 2. *et in complemento ad Sneidwin. In t. h. t.* Cujac. ad *l.* 17. §. 2. *de pact. et ad L.* 2. *de probat.* 69. *Pauli ad Edict.* Vult. *ad h. t. l. h.* 35. Bocer. *Classe* 5. *Disp.* 16. *Th.* 10½. Rulan. *de Commissar. P.* 4. *Lib.* 8. *C.* 6. *n.* 1. Negantis enim nu-

nihil in judicium deducit, sed actionem et intentionem in dubium vocans, solam hanc relinquit de qua in judicio quæri oporteat. Cum affirmatione novi facti conjuncta inficiatio est, cum reus actionem actori aliquando competiisse confessus, nunc illi competere negat, quod dicat postea esse amissam: puta actorem ideo vindicare rem non posse, quia se dicat rem usucepisse: actorem jure in personam non agere, quod dicat se solvisse, aut acceptilatione, vel interitu rei, vel quo alio modo jure ipso esse liberatum. Hæc affirmatio posterior sine dubio deducitur a reo in judicium, quam et illum probare oportet, *L.* 1. *C. de prob.* sed deducitur per consequentiam ejus quod reo efficere propositum est. Nam principaliter eo spectat hæc affirmatio, ut ostendat vere negare reum actionem actori competere. Id enim fit, si in actione in rem actor dominus esse desiit, re a possessore usucapta; in actione autem in personam reus qui aliquando debuit, postea aliquo modo liberatus est ipso jure. Solum igitur, ut dixi, reus principaliter in judicium deducit id de quo cognoscendum sit, cum depulsione et exceptione utitur, idest cum de intentione actoris confessus tam in jure quam in facto, ea exceptione utitur quæ actorem removeat. Id genus est de quo nunc quærimus.

III. Exceptio est (3) defensio rei quæ actioni alioqui jure constitutæ opposita hanc ipsam æquitatis ratione excludit. Defensionem voco omnem allegationem defendendi rei caussa adhibitam. Omnis vero exceptio hujusmodi defensio est: unde etiam exceptiones generali verbo defensiones dictæ in *L. defensiones. C. de exc.* Et recte: est enim exceptio omnis comparata defendendorum reorum caussa, ut est in pr. *tit. Inst. de exc.* Non quævis defensio actori opposita exceptio est, sed quæ jure actionem excludit. Inde exceptio dicta Ulpiano quasi quædam exclusio actionis, *L.* 2. *D. eod.* Hinc illa verba usitata de vi et effectu exceptionis, cum dicimus actionem exceptione removeri, summoveri, repelli, infirmari; quæ omnia idem valent atque si dicamus excludi. In quibus indicandis non opus est longiore opera; sunt enim legentibus apud juris auctores passim obvia, tantumque in his moneri satis est. Excludit autem exceptio non quidvis sed actionem, et eam jure ipso constitutam. Idque est quod Justinianus scribit *tit. de exc.* in pr. tunc esse exceptionem, cum ipsa persecutio actoris justa est. Justam enim intelligit jure ipso comparatam. Et ut hoc ille non exprimeret, tamen, cum dicatur exceptio esse quæ actioni opponatur, *d. L.* 1. *de exc.* nec possit dici actio nisi quæ jure talis sit, satis hoc idem his ipsis verbis indicari intelligeremus. Hinc licet intelligere nunquam esse exceptionem, nisi cum actori constituta est jure actio quæ exceptione summoveatur. Proinde si ei qui agit, adversus reum aut nulla unquam fuit actio ejus rei quo nomine agitur, aut si fuit, ipso jure finita est; quidquid adversus eam intentionem dicet reus, ut si se mutuum accepisse fateatur, sed solutionem alleget, id defensionem dici posse, exceptionem (4) certe non esse. Ejusque

re nulla est probatio; exceptio vero a reo probanda, Cujac. ad *d. L.* 2. Atque hic actor probata intentione, obtinet, nec ulla exceptione convincitur. Solumque disceptatur an sit verum quod actor in intentionem deduxit, nec de alicujus exceptionis vi aut viribus inquiritur aut cognoscitur, Covar. *d. n.* 5. Quin immo ubi factum vel caussa agendi a reo negatur, defensio illi non necessaria dicitur, *L.* 9. *Cod. h. t.* add. not. *infra h. Cap.* N. 4. Hæc negatio quomodo proponenda notabo *infra Lib.* 24. *C.* 2.

(3) Et passim defensionem pro exceptionibus *L.* 4. *L.* 9. *L.* 11. *C. h. t. L.* 52. *pr. de judic. L.* 56. *de cond. indeb. L. Bæbius* 30. *de pact. dotal. L.* 1. *C. de jur. et fac. ig. L. emptori* 28. *C. de evict. C. cum inter* 5. *C. dilecti* 8. *Extr. h. t.* Et dicuntur arma reorum. *Gl. in pr. I. h. t.* Sich. ad *L.* 19. *C. de prob. n.* 1. P. Greg. 21. *Synt.* 17. Cæsar. Contard. ad *L. diffamari C.* 6. *n.* 5. Ayrer. *Process. P.* 1. *C.* 6. *Obs.* 2. *n.* 5. Vult. *h. t. Inst. n.* 4. Mercer. 2. *Opin.* 10. add. not. *supra* N. 8.

(4) Ita et noster ad rub. *C. h. t. n.* 5. Et stricte ac proprie esse exceptionem quæ actionem jure competentem excludit, Azo *in Summa C. de except. n.* 1. *et* 2. Contard. in *L. diffamari C.* 6. *n.* 2. Wesenb. ad Sneidvin. *I. h. t. n.* 5. quia, ait, privatio habitum præsupponit, Zanger. *de Exc. P.* 1. *C.* 3. *n.* 2. *et n.* 8. Usu vero interpretum obtinuit ut omnis generis defensiones quæ intentionem agentis repellunt sive juris sive facti negatione exceptiones dicantur, P. Greg. 21. *Synt.* 17. *n.* 5. ut et replicationes actoris duplicationes et deinceps *L.* 2. §. 1. *h. t.* Zang. *d. C.* 3. *n.* 1. Unde DD. alias exceptiones juris vel actionis vocant, alias facti seu intentionis, quando reus contendit actorem cui nulla sit jure actio, de facto litem movere, Myns. *ad Rub. I. h. t. n.* 12. Jo. Monach. *Pract. judic. P.* 5. § 6. *Cap.* 3. *n.* 2. *et* 3. Quas ἐν πλάτει largiori et improprio significatu exceptiones dici agnoscit Azo *d. n.* 1. Contard. *d. Cap.* 6. *n* 3. Monach. *d. loc.* Et quod exceptio intentionis proprie exceptio non sit, ex crebriori DD. sententia vere asserit Covar. *in d. Cap. possessor. p.* 1. *relect. pr. n.* 4. Nec vera tamen ratione fir-

rei non dubium argumentum est, quod solutione quisque et similibus modis ipso jure liberatur Pugnant autem juris auctoribus, liberari ipso jure, et liberari per exceptionem, *L. qui servum*, §. 1. *D. de obl. et act.*

Dixi uno verbo exceptionem defensionem esse quæ actionem excludit. Id Ulpianus in *L.* 2. *de exc.* veluti plenius interpretans expressit his verbis, ut diceret *quæ opponi solet ad excludendum id quod in intentio-*

mat quod actio et exceptio sint correlativa ut pater et filius, maritus et uxor. Neque enim ut, posita exceptione, actionem cui opponatur ponere oportet, ita et vice mutua; alioqui nunquam actor vinceret, nulla actio efficax esset. Aptius Cels. Bargal. *Lib.* 4. *de dolo C.* 2. *n.* 56. ex natura oppositorum arguit, cum intentio facti non sit propria actio neque eam excludens propria exceptio. Hinc autem infert Covar. *d. loc. n.* 5. exclusis statuto exceptionibus, admitti tamen quæ vocantur intentionis, nisi ex verbis vel mente ejusdem aliud constet, et Contard. *d. C.* 6. *n.* 4. Wes. *Par. D. h. t. n.* 2. Menoch. 2. *Præs.* 48. *n.* 37. pluresque citati a Gilken. *de Præscript. P.* 1. *C.* 2. *n.* 35. qui tamen contra sentit. Sed ista ita declarat Covar. *d. n.* 5 vers. *etenim* et vers. *seq.* ut tunc excludatur intentio, nec proprie exceptio sit cum reus absolute negat, vid. *supra N.* 2. Ubi vero intentio non negata defensione contraria excluditur, ex eo quod actio quæ antea competiit, solutione sublata sit, contra statuit. Quia et hic de exceptionis juribus disceptandum, alioqui actor obtinet. Unde exceptionem solutionis proprie dici sentit, quia hic si vera intentio sit mutuum probantis, solutione excluditur. Atque ita non referre putat ipso jure extincta sit actio nec ne; modo discutienda sint ea quæ in defensione rei allegata, et probat Gilken. *de Præscript. P.* 1. *C.* 2. *n.* 36. cui convenit fere, nec omnino tamen, Dauth. *de testam. n.* 132. proprias exceptiones excludere actionem et intentionem actoris. Hujusmodi quoque exceptiones solutionis esse, cum nisi præexistat et fundetur actio ex mutuo, consistere nequeat. Alias esse exceptiones præjudiciales quæ concludant nullam præesistere actionem; ut si agatur ex testamento atque excipiatur testatori non fuisse jus testandi etc. Et exceptiones solutionis, acceptilationis ac similes non inter intentionis, sed peremptorias recenset Maranta *P.* 6. *Membr.* 9. *n.* 12. Foller. *in addit. ibid. n.* 46. Wes. *Par. D. h. tit. n.* 7. et Phil. Broidæ. *supplem. ad Hist. fori Polleti Lib.* 5. *C.* 4. *sub. fin.* ac Ræv. 1. *de præjudic.* 7. et Hot. *ad* §. *item si, Inst. h. t. Enunc.* 5. legitimas eas vocari asserit. Sed recte noster hic et *ad Rub. C. h. t. n.* 7. ubi errare interpretes scribit, dum cuderunt exceptiones quas facti vocant, allegationes quibus ostenditur actionem sublatam esse, ut solutionis; quia actio post solutionem nulla esse cœpit, et Cujac. ad *L.* 17. §. 2. *de pact.* Pac. ad *L.* 19. *C. de probat. n.* 2. Et solutionis quoque et acceptilationis exceptiones large sic dici Contard. *d. n.* 3. Satisque revincuntur Covar. et Dauth. quia ipso jure et per exceptionem sunt opposita, ut *C. seq. n.* 22. Et quod Aquiliana stipulatione liberatus negat se actione teneri, *L.* 3. *C. de transact.* Quin et peremptoriæ exceptiones dicuntur, non quod peremptæ obligationis ratione dentur, sed quod obligationem et actionem perimant. Ergo necesse est prius existat. Atque his defensionibus non actio, sed agens removetur. Contard. *d. n.* 3. Nec alias exceptio vera est quæ non sub genere regulæ comprehenditur, post alios Gilken. *de præscript. p.* 2. *Membro* 1. *C.* 16. *n.* 10. *et n.* 47. tametsi interdum regulam augeat, vid. *infra N.* 11. Gravius diss. Zas. ad *L.* 1. *D. h. t. n.* 9 *et* 2. *seqq.* vulgarem distinctionem exceptionum intentionis et actionis ita reprobans, ut statuat unicam esse exceptionem quoad caussam principalem, quæ exclusio sit actionis vel intentionis. Intentionem ab actione non differre §. 33. *I. de act. L.* 66. *de judic.* (sed vid. *N. seq.*) Exceptionem itaque veram esse ubi cunque repellitur actor ab agendo, sive actio ei aliqua, sive nulla sit; immo et si simpliciter factum negetur. Et Myns. *ad Rub. I. h. t. n.* 13. Quia non ab excludendo dicta exceptio sed excipiendo, non minus excipere qui negat, cum actorem de facto agentem depellat ejusque fundamentum avertat ac propulset. Denique Fortun. Garcia ad *L.* 27. §. 2. *de pact. n.* 50. negat quod necesse sit ut actio præcedat exceptionem, exemplo exceptionis non numeratæ pecuniæ. Sed ex dictis satis redarguuntur. Nec etymon juvat Mynsingerum, sed convincit per not. *infra N.* 11. absurdeque a notatione argum. aff. contra ipsam definitionem ducitur. Ac exceptio non numeratæ pecuniæ vere excludit actionem ut not. *supra Lib.* 14 *C.* 37. *N.* 4. Enimvero sæpe fit ut vera et propria exceptio opponatur actioni quæ nec ipso jure consistit. Nec enim qui negat se debere alia defensione uti prohibetur, *L.* 43. *pr. de R. J.* Quod tunc potissimum contingere potest, quando non de justitia actionis, sed de jure et veritate actoris dubium est. Veluti: Qui dominus non est, experitur rei vindicatione contra possessorem rei alienæ. In arbitrio ejus unde petitur, an inficiatione juris petitori relicta, aliquam exceptionem si quam habet, ex. gr. doli, ut *L.* 11. *C. de evict.* ei objicere velit; quod experire quandoque potest. Quid enim si cito molestia litis liberari velit et exceptionis probatio in promptu sit, vereaturque ne si neget dominum esse petitorem probationemque eum poscat, lis diu extrahatur. Et qui in probanda exceptione deficit, non vetatur postea quid objicere quo actionem ipso jure nullam ostendat. Exemplum *in L.* 13. *Cod. de transact.* Confer *infra C.* 5. *N.* 1. *et C.* 7. *N.* 1. Unde et liquere potest quare qui excipit non eo ipso intentionem fateatur actoris. Quo de *infra Lib.* 24. *C.* 5.

*nem condemnationemre deductum est.* Dicitur deduci in intentionem quod deducitur in petitionem, et uno verbo id quod (5) petitur. Nam intendere sibi quid dari aut fieri oportere, petere est, ut declaratur duobus his locis junctis, §. 1. §. *sic itaque, Inst. de act.* Dici potest deduci quid in condemnationem dupliciter, ut intelligatur vel quod deducitur in condemnationem futuram, vel quod deducitur in præteritam: et horum utrumque definitioni convenit. In condemnationem futuram deduci dicitur illud idem quod petitur: quia ut actor petit id sibi dari aut fieri, ita (6) petit etiam ut reus a judice in id condemnetur. Est ergo exceptio quæ, ut petitionem istam et intentionem excludit, ita excludit simul condemnationem futuram quæ inde sequi poterat, et secuta esset, nisi exceptione exclusa esset actio. Deductum in condemnationem præteritam dicitur id in quod judex reum prius condemnavit. Etiam hanc ipsam condemnationem præteritam, seu id quod in eam condemnationem a judice deductum est, quædam exceptiones excludunt, ad quas hæc pars definitionis pertinet. Eæ sunt quæ humanitatis caussa plerisque personis constitutæ sunt, ut quanvis jure solidum debeant, tamen conveniantur solum in id quod facere possunt: quæ cum sint dilatoriæ exceptiones, de his in eo genere dicetur. Nunc hoc satis est intelligi has exceptiones ejusmodi esse, quæ et ante condemnationem objici possint et post condemnationem; et hoc casu, quanvis superiores condemnati sint in solidum, tamen in exsecutione rei judicatæ his exceptionibus uti possint, ut excludant id, vel potius præstationem ejus quod in condemnationem præteritam deductum fuerat. Atque illa definitio Pauli in *L. exceptio. D. exc.* aliis verbis hoc ipsum exprimens, cum exceptionem esse definit conditionem, *quæ* (7) *modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem.* Eximit damnatione, quæ in totum actionem excludit facitque ne ulla condemnatio sequatur: quales sunt exceptiones peremptoriæ de quibus postea. Minuunt damnationem illæ quæ dantur in hoc, ne teneatur reus ultra quam facere potest. Sive enim objiciuntur ante sententiam, faciunt ne reus ultra damnetur; sive postquam is sententia in solidum damnatus est, minuunt postea condemnationis summam. Sed hæc omnia pluribus verbis tradita unum illud exprimunt quod dixi, exceptionem esse quæ excludat actionem. In actione namque continentur hæc, intentio actoris, petitio ejus quod debetur, et quod petit actor ut reus in id ipsum condemnetur. Quæ propterea omnia excluduntur, cum actionem removeris. Adjeci, quod actionem æquitatis ratione excludat. Consulto, ut statim occurreretur objectioni quæ ex prioribus verbis nascebatur. Posueram enim prius exceptionem esse quæ excludat actionem quidem, sed hanc jure constitutam. Qui fit igitur ut quæ actio justa est et jure competit, exceptione excludatur? hoc enim quid aliud est quam excludi contra jus? quod quidem absurde dictum videri potest, cum jus tale sit cui omnes parere debeant, *L. 2. D. de legib.* nec quidquam ratum sit quod contra jus fiat, *L. non dubium, C. de legib.* Hoc ergo diluitur, cum adjicitur actionem jure constitutam quidem per exceptionem, sed æquitate defensionis excludi. Huc enim pertinet, ut intelligamus adversus eum qui exceptione utitur, competere quidem jure actionem, sed summo jure: cæterum non esse æquum ut reo noceat: prohibere æquitatem earum caussarum, propter quas exceptiones constitutæ sunt. quæ (8) æquitas jure subtilitatem juris istius summi sum-

(5) Omnis affirmatio qua ab aliquo petimus, *L. 66. de judic. L. 17. de evict. L. 19. pr. de prob. L. 12. D. h. t.* Don. *ad Rub. C. h. t. n.* 8. Zang. *P. 1. C. 4. n.* 12. Petitio actoris, quæ nunc forensis conclusio. Briss Pratei. et Calvin. *in Lexicis.* Non vero ipsa actio, ceu Zas. ut *supra* N. 4. Nam actio jus est, intentio factum. Et rei quoque defensio intentio vocatur, *L. 1. C. de non num. pec.* ubi Don. *n.* 7. Nec tamen intentio persecutio de facto jure deficiente, interposita, ut DD. vulgo intentionem hoc modo actioni opponentes, ut *supra* N 4. Metaphora a sagittariis qui arcum intendunt in rem quampiam, ut eam petant. Unde et actor dicitur dirigere actionem, *L. 2. C. h. t. L. 1. C. de Exsec. rei jud.* Don. *d. n.* 8.

(6) Ita et noster ad *rub. C. h. t. n.* 9. et Zang. *P. 1. C.* 3. *n.* 13. Idem Donell. *ad L. 22. de reb. cred. n.* 26. verba hæc exponit: quo lis contestata est; quia ita lis in condemnationem deduci dicitur, *L. 3. §. pen. de act. emt.* quando contestatio litis fit. Loquutione nata ex more antiquo, quo Prætor Judicem dabat et formula præscripta condemnare jubebat. Vult. *ad h. t. l. n.* 2. condemnationem accipit pro petitione qua reum sibi condemnari petit actor. Quo faciunt quæ *supra Lib.* 4. *Cap.* 33. *n.* 12. *N.* 5. quibus adde Ascon. *in in Orat. pro Scauro pag. m.* 73. Muret. 19. *var. lect.* 16.

(7) Prior definitio ab effectu et utendi modo, posterior hæc a conceptione sumpta. Donellus *ad rub. C. h. t. n.* 3.

(8) Hinc æquitas vulgo mater exceptionum,

movet. Neque ideo exceptio erit re vera contra jus. Nam jus summum verbis jus non est: sententia constituentis jus non est; cum in omni jure hoc sit propositum constituentibus, ut si quid quibusdam in caussis occurrat quod præfracte et ad

per *L.* 12. *D. de doli exc.* Sich. *ad L.* 19. *Cod. de prob. n.* 1. P. Foller. *addit. ad Marant. P.* 6. *membro* 9. *n.* 20. P. Fab. *ad L.* 66. *de R. J.* quod tamen non perpetuum dicit Forton. Garcia *ad L.* 27. §. 2. *de pact. n.* 71. *in fi.* Hinc DD. vulgo exceptiones juris naturalis et gentium esse, cujus nempe juris defensio est. *Clem. pastoralis de re judic.* Panorm. *in rub. Extr. h. tit.* Wes. *Par. h. t. n.* 8. Arumæ. *exerc.* 19. *Th.* 1. Verum contra Corss 2. *misc.* 19. *n.* 10. *et* 11. quia, ait, cum actiones excludant, absurde iis antiquiores statuuntur. Ac etsi defensio in genere juris naturalis, non tamen in specie, ut in judicio fit, cum jure naturali judicia non viguerint. Et Ayrer. *Process. P.* 1. *C.* 6. *Obs.* 2. *n.* 3. addens; alias nec per Principem, aut statutum tolli possent. Coler. *de Process. P.* 4. *C.* 1. *n.* 34. Juris naturæ, ratione materiæ et originis; quoad formam vero quam accipiunt a sola lege, juris civilis, quia nec omnibus, nec contra omnes, nec omni tempore competunt. Plane latior excipiendi facultas quam agendi; nam cui actio, eidem multo magis exceptio, *L.* 1. §. 4. *de superfic. L.* 156. §. 1. *de R. J. Cap. qui ad agendum* 71. *de R. J. in* 6. *L.* 4. *C. de Usur.* Coler. *de Process. P.* 1. *C.* 2. *n.* 229 Zaug. *P.* 3. *C.* 13. *n.* 25. add. *infra C.* 3 *N.* 3. Non autem vicissim; nam plures personæ agere vetantur, quæ excipere non item, *Cap.* 8. *Extr. h. t. C. intelleximus* 75. *de judic.* Wes. *ad Snedvin. Inst. h. t. n.* 5. Sic libertus sine venia petita recte excipit, per *L.* 14. *de in jus voc.* pluresque caussæ exceptionem pariunt, quæ non item actionem, Cravetta *quæst. de indemnit. mulier. n.* 20 Ac sæpe cujus rei alicui retentio datur, persecutio non datur. Coler. *d. C.* 2. *n.* 230. Exemplum *supra Lib.* 21. *C.* 7. *n.* 29. Nec defensionis facultas cuiquam neganda, nec excommunicato et bannito, vid. Gail. 2. *de pa. publ.* 12. *n.* 19. *et seq. et not. sup. Lib.* 17. *C.* 5. *N.* 2. Immo nec diabolo, si in judicio versaretur, neganda foret, post alios Wes. *Cons.* 43. *n.* 177. Ayrer. *d. C.* 2. *n.* 6. Joan. Meischner. *tomo* 3. *Decis. Cam.* 13. *n.* 7. Hinc nullum generaliter pacisci posse, ne exceptione utatur vult. P. Greg. 21. *Synt.* 17. *in fin. per L.* 4. §. 4. *Si quis caut.* Sed *d.* §. 4. specialem rationem habet, ut *supra Lib.* 16. *Cap.* 3. *n.* 3. vers. *Quod tamen.* Et contrariam regulam tradit Ayrer. *d. C.* 2. *n.* 13. *et seq.* ut tamen non renunciatum censeatur illi quæ ex facto adversarii oritur per *L.* 62. §. *ult. de contr. empt.* Plane pactum quo omnem a se exceptionem in quavis lite, futura etiam, quis abdicaret non valere nihil verius, per ea quæ *sup. Lib.* 16 *C.* 6. *n.* 7. *et duob. seqq.* Quomodo et verissimum Principem omnes exceptiones in totum adimere non posse, neque omnibus, neque etiam certis personis, maxime peremptorias et jam antea jure quæsitas *L. caussas* 16. *C.* *de transact.* vid. Pinell. *ad Rub. C. de resc. vend. P.* 1. *C.* 2. *n.* 21. *et* 2. *seqq.* Coler. *de Process. P.* 4 *Cap.* 1. *n.* 23. *et seqq.* Minus itaque statuto omnes tolli poterunt, Arumæ *Exer.* 19. *Th.* 3. Utrobique certe, quantumcunque expressa verba videantur, defensiones innocentiæ tacite exceptæ, vid. Gail. 2. *de pa. publ.* 12. *n.* 21. Menoch 2. *Præs.* 48. *n.* 18. Myns. 6. *Obs.* 15. similesque quæ manifestæ æquitati innituntur, Arumæ. *d. loc.* Et quod Lex municipii generatim omnes exceptiones adimens, frivolas tantum nec ita ad rem pertinentes excludat, volunt citati a Colero *d. C.* 1. *n.* 5. ubi *n.* 10. testatur de communi Wes. *ad Snedvin. t. h. tit. n.* 2. quæ civilem rationem habent et de apicibus juris sunt, nec merita caussæ respiciunt, Arumæ. *d. Th.* 3. Ayrer. *d. Cap.* 2. *n.* 8. *per C. ex parte* 13. *de off. deleg.* Contra tamen Coler. *d. C.* 1. *n.* 14. *et seqq.* ubi *n.* 30. statuto rejiciente omnes exceptiones præter certas nominatas, alias quascunque etiam similes, excludi, et Moller. *ad Nov. elect. Sax.* 19. *P.* 2. *n.* 62. Veluti jure ditionum Saxoniæ contra cautionem liquidam, professionem debiti continentem alia quam solutionis exceptio objici nequit, ita ut executionem remoretur. *Ord. provincial. von velsaktien Brieff und Sigeln.* et novissime *Sereniss. Elect. nostri D. Joannis Georgii constitut. ac resolutione gravaminum etc. tit. Justitien Sachen Artic.* 19. Quare nec non numeratæ pecuniæ exceptionem ibi audiri vult Moll. *d. loc. n.* 45. *et seq.* ita judicatum testans *n.* 66. Ubi tamen inficiatio simplex, quod assertum instrumentum a se suove nomine scriptum non sit auditur, Bover. *sing.* 52. *n.* 28. Ut et exceptiones illæ quæ ex eodem instrumento ab adversario producto oriuntur. Hartm. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 10. *n.* 13. veluti quod ante diem petatur. Nam cum hæc exceptio innotescat ex eodem instrumento, utique non dicetur objecta contra illud. Coler. *d. C.* 1. *n.* 66. *et n.* 79. Item quarum probatio in continenti adfertur, Hart. Pist. *d. Q.* 10. *n.* 15. Anton Corset. *singul.* 92. quia, ait, tunc præsumptio fraudis quæ movit statutum ut excluderet cessat, *C. litteras de rest. spol.* Nisi suspicio sit hoc malitiose et calumniose prætendi. Corset. *ibid.* Et quæ notoriæ, ex actis apparentes, Coler. *d. C.* 11. *n.* 46. item nullitatis, ac in partis confessione fundatæ. Myns. 6. *Obs.* 5. Frustratoria vero videtur et inanis cautela Boverii *d. n.* 28. ut cujus exceptio ob statutum non recipitur, imploret officium Judicis ad impediendum actorem, ne indebitam exactionem faciat, neve cum injuria rei locupletetur. De statuto exceptionem rejiciente et quæ per id non exclusæ habeantur fuse Menoch. 2. *Præsumpt.* 48. *et* Coler. *de Process. P.* 4. *C.* 1. *passim* Myns. 6. *Obs.* 5. Roderic. Suarez *in Proœm fori n.* 26. *et seq.*

verba legis servatum videatur durius, id æquitate temperetur, nec quidquam iniqui statuatur, *L. in omnibus quidem, D. de reg. jur*, *L. illud. D. de her. pet. L. si servum. §. sequitur, D. de verb. obl.* Hinc jus dictum non ars summi juris, sed ars æqui et boni, *L. 1. D. de just. et jur.* Hoc vero est quod de actione cui exceptio objicitur, Justinianus scribit *tit. Inst. de exc.* in pr. persecutionem ipsam qua actor experitur justam esse, sed iniquam esse adversus eum cum quo agitur. Justam vocat, quæ jure quidem competit; sed summo, alioqui eandem iniquam non diceret. Iniquam dicit, quia iniquum sit reum in caussa ex jure summo condemnari: eo jure de quo veteri proverbio dictum est, summum jus summam esse injuriam, item summam esse crucem. Quorum alterum exstat apud Terentium, alterum apud Columellam. Ad extremum, quæcumque defensio natura sua jure ei attributa actionem (9) excludere potest; ea excludit hac conditione ut sit actioni opposita, ut definitione complexi sumus, exstatque in *L. 2. D. de exc.* Unde illa verba nata, ut dicatur exceptio agenti opponi, objici, obstare, quæ passim occurrent: et quoniam quibus aliquo tendentibus obstare volumus ne longius procedant, id facimus iis occurrendo et obviam eundo; eo factum est ut quo sensu dicitur reus actori opponere, objicere exceptionem, eodem sensu dicatur actori exceptionem occurrere: quo Papinianus usus est in *L. 4. D. de servit.* Hac autem conditione significatur, exceptione fieri, non ut reus liberetur ipso jure et sine opera sua, sed facto suo ita, dum exceptionem in tempore objicit et hoc facto eam summovet. Qua ratione dictum a Paulo interpretamur, in stipulationibus ad liberationem compositis, qualis est Aquiliana stipulatio et acceptilatio, jus; in pactis ad eandem rem comparatis factum versari. *L. si unus, §. pactus, D. de pact.* Quippe in superioribus stipulationibus jus ipsum nos liberat et statim: in pactis non jus, sed exceptio; quæ ita cuique prodest ad excludendam actionem, si actioni tempestive opponatur. Quod sit autem opponendi tempus, de eo dicetur in usu exercendæ exceptionis.

IV. Hactenus justa definitio et recta quæ est ejusmodi; ut nulla sit defensio actionem jure comparatam quoquo modo et ad quodvis tempus excludens, quin sit exceptio: nec contra ulla exceptio, quæ non sit defensio actionem prius jure constitutam excludens. Quid sibi vult igitur, quod Paulus in *d. L. exceptio, D. de exc.* exceptionem vocat conditionem, pro quo defensionem rei diximus? Nempe ille formulam veterem exceptionis spectavit, secundum quam omnis exceptio conditio est, quia (10) sub conditione concipiebatur; quod ita esse intelli-

(9) Sic Cic. 2. *de Invent* prætoriis exceptionibus multas excludi actiones. Atque hæc exclusio, proinde et definitio *d. L.* 2. dilatoriis quoque exceptionibus recte tribuitur. Nam et illæ ad tempus, dum sunt et durant, actionem excludunt. Ubi autem finitæ perierunt, non mirum est quod non excludant, cum nec sint amplius: argute Lo ez *Animadv. C.* 28. *n.* 5 *et* 6. Certe si, exempli gratia, is cui ex pacto temporalis exceptio est ne intra triennium agatur, agenti eam objiciat, intentionem qua sibi deberi in præsenti actoe affirmat, aperte removet. Confer Arumæ. *Exerc.* 19. *Th.* 4. Ut male hanc definitionem utramque *d. L.* 2. *et L.* 22 *h. t.* dilatoriæ competere negent Wesenb. *Par. C. h. t. n.* 2. et *ad Sneidewin. Inst. h. t. n.* 2. Zang. *P.* 1. *Cap.* 3. *n.* 21. quam nec proprie exceptionem esse, contra aperta jura censet Cos. Contard. in *L. diffamari C.* 6. *n.* 7. et Padilla ad *L.* 1. *C. de Jur. et fac. ig. n.* 59. eadem plane ratione declinatoriis quoque, quæ dilatoriarum species, convenit. Certe *omnem* exceptionem exclusoriam esse diserte dicit JC. *L.* 2. *§.* 1. *h. t.* Declinatorias vero etsi proprie exceptiones esse neget Panorm. *in C. quoniam contra* 11. *Extr. de probat.* volens nec statuto de exceptionibus loquente eas contineri; cum declinatio jurisdictionis non proponatur adversus actionem, neque illis actor, sed judex excludatur. Refellitur tamen ex *L. ult. C. h. tit. L.* 2. *C. Si contra jus vel. util. publ.* junct. not. *infra h. C. N.* 13. *et L.* 2. *§. ult. L.* 3. *in fi. D h. t.* Covar. *ad Cap. possessor, de R. J. in* 6. *P.* 1. *relect. princ. n.* 5. vers. *quanto hinc apparet.* Nam licet directo judicem, actionem et oblique actoris intentionem excludunt. Goth. ad *L.* 2. *§.* 2. *h. t.*

(10) Fabius Victorinus *in Lib.* 2. *Rhetor. Cic.* exceptionem dici cum jus ipsum propositum adversus se alius excipit, interposita aliqua conditione. Et ita quoque noster ad *rub. C. h. t. n.* 11. Hot. *ad pr. I. h. t* Conec. *Par. C. h. t.* vocans conditionem insitam in actione, cui uno tenore et contextu a prætore additur *L. ult. Quib. ex. ca. maj.* Wes. *Par. h. t.* Vult *ad h. t. I. n.* 7. (quia a Prætore oblenta actionem suspendit, quæ conditionis natura est) Zang. *de exc. P.* 1 *C.* 3. *n.* 19. Gued. ad *L.* 1. *de V. S. n.* 20. Conditio, aiens, non quod species sit conditionis, sed quia per modum conditionis in vim caussæ finalis perimentis proponitur, ut intentionem actoris, tanquam quæ fine et ita forma careat, removeat at excludat. P. Fab. ad *L.* 154. *de R. J. pag.* 621. ita sicuti institutio, legatum stipulatio pura opponitur conditionali; ita purum judicium apud Cic. 2. *de inven.* et 1. *de Oratore ad Q. fratr.* ei quod

gemus, cum cognoverimus cur defensio rei dicta sit exceptio; de quo mox. Nos rem huic verbo subjectam definitione complexi sumus. A re vero et effectu non aliud est exceptio quam defensio talis qualem diximus. De hac re nihil mutat exceptionis conceptio. Re cognita, jam illud videamus de verbo quod sequitur, cur hujusmodi defensionem placuerit exceptionem appellari. Nam si verborum significationem spectamus, certum est excipere nihil minus significare quam defendere, eoque exceptionem nihil minus quam defensionem. Et appellatio non ex re nata est, sed ex forma contentionis ejus, quæ inter actorem et reum in lite contestanda instituitur. In hac enim contentione, si, ut fit, intentio actoris cum rei defensione conjungitur, reperiemus hæc ita inter se componi, ut intentio generali velut regula constet, defensio autem rei tanquam exceptio ejus regulæ subjiciatur: exceptio, inquam, ea significatione qua usitate exceptiones vocamus eas orationes (11) quibus quid eximitur e regula. Idque fit hoc modo: nam actor petens aliquid ex aliqua caussa, puta decem quia dedit mutua, ut recte petat, vi ipsa generali definitione et regula prius utitur, ut dicat omne quod mutuo datum sit, reddi debere. Inde enim colligit præstandum esse ab hoc reo cum quo agitur. Reus defensione utens agnoscit regulam ab actore propositam; sed ab ea regula excipit eam caussam propter quam defensionem adversus intentionem sibi competere contendit. Finge eum dicere pactum intervenisse postea ne actor peteret. Ita se tuebitur, ut dicat actione recte petiturum fuisse decem mutua, et dicturum quod mutuo datum est, id ab eo qui accepit reddi debere, sed ita, nisi pactus esset ne a reo peteret: quæ oratio aperte prioris illius intentionis et regulæ exceptio est. Sed hæc exceptio maxime intelligebatur olim, cum formulæ judiciorum in usu erant. Tum enim in formula judicii intentio actoris et jussus prætoris de reo condemnando cum rei defensione sic conjungebantur, ut facile in defensione rei exceptio prioris intentionis et condemnationis agnosceretur. Sic enim fere erat formula. *Si paret Lucium Titium decem mutua quæ petit Sempronio dedisse, nisi quid Lucius Titius pactus erit ne a Sempronio peteret, judex condemnato.* Qui mos veterum judiciorum concipiendorum diligenter expositus est a (12) Duareno ad

sub exceptione datur, id est sub conditione illa qua exceptio actionis exclusoria comprehenditur. Sic quoque o ponuntur pure repromittere et sub exceptione. *L.* 22. §. 1. *l.* 31. §. 1. *de damn. inf.* ubi exceptio conditionem significat, ut et apud Senec. 4. *de benef.* 39. *et Epist.* 20. Arnob. *Lib.* 3. *et* 7. P. Fab. 3. *Semestr.* 24. *pag.* 385. Et exceptionibus passim pro pactionibus, vid. Hot. 1. *Amicab.* 2. *in fi.* Raev. 2. *Var.* 13. ut et quandoque pro adjectionibus etiam ex parte actoris ut *L.* 39. *de act. empt.* vid. Hot. 8. *Obs.* 3. Sed et vocula *conditio* varias acceptiones habet; ut et quandoque statum habitumque rei vel personæ denotet *supra Lib.* 8. *C.* 30. *n.* 19. pactionem item, caussam, modum, fortunam, conjunctionem matrimonialem etc. de quib. Calvin. aliique *in Lexicis.* P. Fab. 2. *Semestr.* 16. *pag.* 259. ubi et pro jurisjurandi conceptione, atque ita formula, sumi ostendit. Plane in *d. L.* 22. vulgares libri habent *contradictio*, quomodo legit P. Greg. 21. *Synt.* 17. *n.* 2. sed reprobat P. Fab *ad d. L.* 154. Exceptionem definit Cujacius *Par. C. h. t.* quod sit defensio justa, opposita actioni: Item, intentio rei opposita intentioni actoris. Quæ descriptiones justo latiores.

(11) Ut ex regula casus quosdam detrahit exceptio, ita et hic de universo jure actionis pars aliqua detrahitur, Hot. *ad pr. l. h. titulo*, Vigl. *ad pr. l. de testam. n.* 8. Bargal. *Lib.* 4. *de dolo C.* 2. *n.* 56. Et sicut excipi dicitur quod a regula recedit, ita exceptio est quædam actionis limitatio, vel restrictio qua ostenditur actioni, alioquin justæ, in casu proposito locum non esse, Gœd. *ad L.* 8. §. 1. *de V. S. n.* 4. Hinc *L.* 1. *h. t.* dicta quasi quædam exclusio: quæ notatio logica, qua JC. vim potius quam vocem ponderat. Dicta enim a vocula *excipere*, quatenus non accipere aut amplecti significat, sed eximere, detrahere, Wes. *ad Sneidevin*, *l. h. t. n.* 1. (Quandoque tamen exceptio regulam auget, de quo Tiraq. *de retr. lignag.* §. 30. *ad fin. tit. n.* 96. Vasq. 2. *Ill. contr.* 51. *n.* 75.) Quidam dictam censent quod actio sic excipiatur ut pila in nos emissa, quam in alium retorquemus, ref Don. *ad rub. C. h. t.* v. 11. quomodo Cujac. *Par. C. h. t.* actio, ait, est telum; exceptio clypeum, aries quo actio infringitur, Vult. *Inst. h. tit. n.* 2 *et* Gœd. *d. n.* 4. esse metaphoram a bello armato. Ut ibi tela hostium avertentes clypeis excipimus, ita et in libello forensi intentionem excipimus, id est, submovemus; ut ita exceptio sit teli ab actore emissi propulsio. Forsan non male, si vim verborum spectes, sed vix ex usu auctorum. Quippe pugnat emissum accipere et depellere, ait noster *d. n.* 4. de variis acceptionibus voculæ *excipere;* nam et pacisci et comprehendere et sustinere ac impetum perferre et sermonem ita haurire ut quid ei subjiciatur, significat, exacte Pet. Fab 3. *Semest.* 24. *pag.* 385. *et seqq.*

(12) Cujac. *Par. C. hoc tit. et* 3. *Observ.* 34. P. Fab. *ad L.* 154. *de R. J.* Hot. *ad pr. l. h. t. Enunc.* Vult. *h. t. Inst. n.* 5. *et* 6. Obrecht. *de concip. libell. C.* 8. *n.* 16. *et seq.*

*L. jurisgentium* in illis verbis: *actionem a prætore dandam.* Atque hinc maxime exceptionis nomen natum in judiciis, ut enim exceptio judicii formula non alia esset, quam ea quæ defensionem rei haberet, merito ex eo quod continet ipsa defensio quæ inest intelligeretur. Jam hinc etiam licet videre cur exceptio dicatur a Paulo conditio, quod paulo ante attigeram. Omnis enim exceptio regulæ subjecta conditio est, seu oratio conditionem habens, sub qua regulæ quid detrahitur. Ut in judiciis cum dico: recte intenderes, nisi pacto inter nos de ea re transactum esset; nisi ego jurassem te deferente me nihil debere; nisi de ea re judicio tecum constituto absolutus essem, quæ sunt species exceptionum, de quibus postea: hæc, inquam, cum dico, aperte omnis hæc oratio, nisi illud aut illud factum esset, conditio est, seu oratio conditionalis, per quam de intentione tanquam regula hæc facta detraho. Quis enim ignorat particulam, nisi, valere si non? quod posterius aperte conditionis nota est: omnisque alius exceptionis quæ aliis in caussis regulæ subjiciatur, eadem forma et conceptio est. Ut autem in exceptionibus veterum judiciorum eandem istam conditionem fuisse sciamus, formulæ exceptionum quibus nostri juris auctores utuntur in medio sunt, quæ id planissime demonstrent; quas ita fere conceptas ab illis animadvertas: nisi, si non, extra quam si pacto a te liberatus sim, præterquam si res de eo inter nos judicata sit, at nisi pro at hoc ita, nisi majus rei præjudicium fiat; et quod idem valet: quod ei rei præjudicium non fiat. De quibus formulis si quis quid certius cognoscere volet, sumere licebit ex eodem illo loco Duareni, quem modo indicavi ad *L. jurisgentium, de pact.*

V. Quæ in defendendis reis exceptio nostris dicitur, eadem dicitur et præscriptio ne forte, cum in titulis de exceptionibus D. et C. hæc separantur aliud atque aliud his verbis significari putemus. Proinde quæ exceptionis definitio est a nobis ante exposita, eandem esse sciamus et præscriptionis: de quo quia non constat inter omnes, paucis in eo confirmandi sumus. Hujus autem rei certissima argumenta sunt duo. Unum in inscriptione hujus tituli, qui exstat in Codice. Nam is ita inscriptus est: De exceptionibus seu de præscriptionibus. Scimus autem particulam *seu* non conjungere res diversas, sed interjici inter res numero duas re easdem, eo consilio ut declaretur, etsi nomina plura sunt, ejusdem tamen rei nomina esse, vel ut posterius quod forte notius erit, sit priori interpretationis vice. Indicant illæ inscriptiones duorum librorum Ciceronis: *Lælius, seu de amicitia: Cato major, seu de senectute:* quæ perinde valent, ac si dictum esset: Lælius, seu, quod hic idem est, de amicitia: Cato major, seu quod hic intelligi volo, de senectute. Quod et ipsum in superiore inscriptione Codicis intelligendum est. Alterum argumentum certius est positum in usu juris: in quo hæc verba de iisdem rebus promiscue usurpantur, et quidem ita ut quæ usitate magis dicuntur exceptiones, eædem alibi nominentur (13) præscriptiones: et vice versa quæ magis usitate præscriptiones

Exceptiones quippe una a prætore impetrandæ, ac conjunctim dari et actionum formulis includi solitæ, Cujac. *Par. C. h.* 1. Vult. *d. n.* 5. per *L.* 1. §. 6. *Ne quid in flum. publ. L.* 7. *de cond. instit.* Cic. 2. *de Invent.* Unde judicium aliud pure, aliud conjuncte constitui dicebatur, Obrecht. *d. loc.* Et formulæ aliæ puræ, aliæ cum exceptione, Hot. *d. Enunc.* 1. Charond. 1. *verisim* 4. *n.* 2. Duar. *ad d. L.* 7. §. 2. Gœd. *ad L.* 36. *de V. S. n.* 14. add *supra N.* 10. Quin, formula judicii pure concepta, judex de exceptione non adscripta cognoscere non potuit; qua de caussa, si Prætor injuria addere noluit, Tribunos plebis appellatos ex Cic. 2. *Acad. QQ.* probat Hot. *ad d. pr. Enunc.* 3. et Obrecht. *d. loc.*

(13) Ita et noster *ad rub. C. h.* 1. *n.* 15. et *supra Lib.* 5. *C.* 4. *in fin.* Ac consentiunt Zas. *ad rub. D. h.* 1. *n.* 3. P. Fab. 1. *Semes r.* 21. Turamin. *ad L. non puto* 10. *D. de Jure fisc. P.* 3. *Q.* 2. *n.* 1. 2. 3. Cujac. *Par. D.* et *C. h.* 1. et *de div. temp. præscript. C.* 1. *in Exir. de præscript.* Vult. *Inst. h. t. n.* 12 Cisner. *ad L.* 1. *de Usucap. n.* 19. Wes. *Par. D. h. t. n.* 4. Zang. *P.* 1. *C.* 3. *n.* 25. *et seqq.* Gœd. *ad L.* 106. *de V. S. n.* 1. Parlador. 1. *Rer. Quotid.* 1. §. 1. *n.* 3. et *seqq.* Et pluribus firmat Covar. *in C. possessor de R. J. in* 6 *P.* 1. *relect. princ. n.* 1. 2. 3 Et ita Græco sermone exceptio παραγραφή Nov. 8. Sic Tertullianus librum scripsit de præscriptionibus adversus hæreticos, qua varias defensiones orthodoxorum, quibus se contra hæreticorum insultus muniunt, persequitur Cujac. *d. C.* 1. Cisner. *d. loc.* Sic præscriptio militiæ *L. ita* 13. *C. Procur.* mendacii, *L.* 2 *C. Si contra jus vel utilit. publ.* innocentiæ, *L. ita* 28. *C. de adult.* non petiti tutoris, *L. matres* 3. *C. ad SC. Tertyl.* Parlad. *d. loc. n.* 6 Ubi *n.* 7. ostendit nec exceptionem temporis absolute præscriptionem usurpari, sed cum adjectione temporis vel temporalis, aut longæ possessionis; et Turamin. *d. Q.* 2. *n* 3. Contra qui sentiunt variant: Alciat. 4. *Disp.* 23. *L. ult.* Generalius, ait, exceptionis nomen, præscriptio vero ad eas

dicuntur, eas alibi doceamur nibil aliud esse quam exceptiones. Ut puta, quæ ex re judicata exceptio est, frequentius dicitur exceptio rei judicatæ, et quæ ex dolo, frequentius exceptio doli, ut declaratur toto Titulo *de exceptione rei judicatæ*, et Titulo *de doli mali exceptione*. Atqui et illa eodem sensu dicitur præscriptio rei judicatæ in *L. judicatæ, D. de exc. rei jud.* et hæc præscriptio doli in *L. si debitor*, 91. *D. de solu.* At a quibus? illa a Papiniano, hæc a Labeone optimis juris auctoribus et proprietatis verborum observantissimis. E converso quæ ex possessione longi temporis defensiones nascuntur, hæ usitatius dicuntur præscriptiones longi temporis. Unde illi Tituli: *De præscriptione longi temporis; et De præscriptione triginta vel quadraginta annorum*, C. item *De diversis temporalibus præscriptionibus D.* At hoc genus totum præscriptionis nihil aliud est quam præscriptio temporis, seu exceptio ex longi temporis possessione nata: quod pene diserte sic explicatur duobus his locis, *L. creditor, D. de div. temp. præsc.* et *L. pen. C. de præs. long. temp.*

VI. De origine verbi quæritur: de qua parum liquet. Nec abs re: quid enim commune habet præscribere cum utroque illo excipere, aut defendere? Mihi origo verbi hinc esse videtur. Præscribere, quod omnes norunt, proprie est quid ante scribere. Sed

solum refertur exceptiones, quibus seu a principio seu post litem contestatam probatis, actio evanescit; vid. idem *Tr. de quinque ped. præscript. ad L. ult. C. Fin. reg.* Sic Fortunianus Rhetor, præscriptionem a translatione differre, quod illa actionem extinguat, hæc differat. Ac sane ita Rhetores præscriptionem vocant exceptionem peremptoriam, Cujac. 18. *Obs.* 31. Sed immo usu juris etiam dilatoria exceptio præscriptio, ut ex dictis legibus pluribus apparet. Et Alciatum refellit Covar. *d. loc.* Ræwar. 1. *de præjudic.* 7. et 2. *seqq.* ita: Exceptiones additæ actioni, quandoque in præscriptionem vel in præjudicium transmutabantur; in præscriptionem, si exceptionem suam reus antea probaret, quam actio instituta tractaretur. Atque hic si reus præscriberet, id est prius doceret ac probaret, ab actione submovebatur intentio, donec de exceptione judex cognoverit. Et hoc est præscriptione submovere, *L. 12. de inoff. L. pen. cir. fi. de re jud. L. 12. de div. temp. præscr.* Fortunatianus 1. *Rhetor.* Præscriptione, ait, a principio probata, extinguitur actio. Hic verus præscriptionis effectus a nemine observatus. Ni autem prius doceret, lis secundum actorem dicta, qui utiliter peracta actione in lite superior. Nec statim in præscriptionem transibat exceptio, sed facto opus. Quamdiu reus probationibus non gravatur, in suo nomine manet; illis delatis egreditur. Ergo dum reus dicit dolo actoris factum esse etc. excipit, dum probat præscribit, per *L. ult. de susp. tut. L. 1. Ne de sta. def. L. 3. §. 1 de prævaric.* Quo sensu præscriptio temporis in *L. 9. et seq. de div. temp. præs.* Ita Ræv. qui et C. 10. usum quoque præscriptionum in criminalibus esse. In illis quoque eas prius tractatas quam quis inter reos reciperetur, *L. 15. D. de adult.* Cujus sententiæ abnormis et alienæ summam retulisse satis sit, expendere curæ non est pretium. Non minus singularis est alia Ant. Massæ Galesii *de Except. s. Praxi judiciali pag. 47. et seq.* Præscribere est prius scribere. Et quia Lex præcipiens aliquid, illud prius edicit, inde sumi cœpit pro præcipere definire, *L. 2. §. 4. de O. I. et simil.*

Horat. II. Sat. 1.
*Quid faciam præscribe. . . . . .*

Dion. *in Adriano: Decennium præscripsit.* Inde per deflexionem quandam præscribere pro objicere præscripturum. Præscriptio pro exceptione quæ ex præscripto oritur, *L. 10. et seq. D. h. t. et simil.* Exceptio autem I. generis nomen continens replicationes etc. *L. 2. D. hoc tit.* et præscriptiones quoque *L. 1. et L. ultim. Cod. de annali exc. L. penult. C. de præscr. long. temp.* II. Speciei bifariam. 1.° Quia a replicatione differt. 2.° Quia a præscriptione. Ubi nempe jus excipiendi non a lege, præjudicio, formula, aliove cujusvis generis præscripto, sed ab aliqua rei qua de agitur circumstantia nascitur. Præscriptionis quoque duplex acceptio. 1.° Quæcunque exceptio ad impediendum litis ingressum, quasi judicio formulam præscribendo, *L. pen. et ult. C. h. t. L. 2. C. Sent. resc. L. 3. C. de adult. L. 1. C. de rap. virg.* 2.° Quæ post cœptam contestatamque litem ex lege vel quæ legibus vice, judicato præjudicio, scriptove aliquo, ut *L. 10. L. 11. L. pen. D. h. t. L. 3. de præv. L. 4. Cod. Quib. non ob. long. temp. præscr. etc.* Latiorque hæc etiam significatio quam ut ad temporales coarctari debeat. Goth. *ad rub. D. h. t.* Præscriptionis nomine exceptiones innominatas seu in factum intelligi, *L. pe. D. h. t.* eo modo quo præscriptis verbis actiones. Sed pluribus exemplis exceptionum nominatarum revincitur. Quæ cum illum latere non potuerint, quid in eam opinionem pertraxerit quidve ea sibi velit, mirari subit. Denique Gilken. *de Præscript. P. 1. C. 2 n. 27. et seqq.* Præscriptionem non modo effectum denotare et exceptionem ex temporis silentio, sed caussam quæ exceptionem illam adeoque et utilem actionem producit. Quod satis clare probat, ex *L. 23. § 1. de jurej. L. 54. de evict. L. 1. C. de serv. fugit. L. ult. §. fin. a. sub. cond. C. Comm. de Usucap.* Et quia præscriptio incipere, currere, impleri, instrui, vel non instrui mora litis dicitur, quæ exceptioni conveniunt, etc.

tum maxime id usurpatur, cum ii qui docent pingere, præformant discipulis suis literas præcipiendi caussa, quas illi imitando sequantur. Hinc per metaphoram dictum præscribere pro dictare et præcipere alicui quomodo in re aliqua se gerat, seu quid eum facere oporteat. Hujusmodi autem aliquid facere intelligitur omnis reus, qui exceptione utitur. Nam actor cum generali intentione utens petit, exempli caussa, decem mutua sine exceptione, reus ita intentionem excipit, ut dicat; nun debuisti, actor, ita agere et concipere intentionem ut facis. Sic enim agis, quasi omnis qui mutuum accepit, danti id reddere debeat. Non recte, si qua justa caussa postea incidit ex iis quæ reis jus defensionem tribuunt; quo ex genere est, si tu pactus esses ne peteres. At hoc a te factum est. Quare sic nunc concipe intentionem, ut hanc exceptionem adjicias quam ego nunc tibi præscribo, ut condemnari tibi debeam extra quam si convenerit inter nos ne peteres. Idemque facit omnis reus, quisquis alia quavis exceptione adversus intentionem actoris se tuetur. In quo cum (14) præscribat et dictet actori quomodo actionem sibi dari postulare debuerit, hinc videlicet præscribendi verbum tributum reo exceptionem in judicium addi postulanti, et ipsa exceptio dicta præscriptio. Originem et significationem verbi hanc esse ex attributis verbo, intelligi potest. Nam quibus personis et casibus verbum præscribere jungi solet cum aperte sumitur pro præcipere, iisdem plane jungitur a juris auctoribus cum ad exceptionem designandam refertur. Ut enim cum præcipere et dictare aliquid volo, dicor præscribere tibi, non adversus te; sic et juris auctores cum hoc verbo in exceptione utuntur, dicunt reum præscribere actori, non adversus actorem, pro eo quod est adversus actorem exceptione uti. In quo apparet dici hic et fieri aliquid similiter a reo, quo actori præcipiat id quod ad actionem temperandam et hactenus removendam pertineat. Sic loquitur Scævola in *L. Titia*, §. *Casus*, *D. de leg.* 2. sic Ulpianus in *L.* 1. §. *si quis ipsius*, *D. quand. app. sit.* Modestinus in *L. Modestinus*, *D. de except.*

(14) Ita et noster ad *rub. C. h. tit. n.* 15 Alc. *de* 5. *pedum præscript. n.* 67. *et seqq.* Zanger. *P.* 1. *C.* 3. *n.* 18. *et seqq.* Nec disconvenit in notatione A. Massa Gales. *de Exc. p.* 47. *ut N. præced. et* Vult. *Inst. h. t. n.* 13. quod præscribat modum regulæ qua utitur actor. Aliter Myns. *ad rub. I. h. t. n.* 6. quia uti actionum, ita et exceptionum certæ formulæ præscriptæ, quas exacte observare, ne syllaba cadens caussa caderet, oportebat. Cujac. *ad L.* 238. *de V. S.* quia scri, turæ actoris scriptura rei contraria veluti adscribatur et adjungatur. Quo facit quod exceptio passim adjectio, ut *L.* 39. *de act. empt.* Hot. 8 *Observ.* 3. P. Fab. 1. *Semestr.* 21. *pag.* 142. quia cum ex iis tota lis penderet, a Prætore dictari jam actiones, ipsisque actionibus præponi et præscribi solerent. Aliter Rævar. 1. *de præjudic.* 8 *et* 10. Gilken. *de Præscript. P.* 1. *C.* 2. *n.* 15. *et seqq.*

## CAP. II.

Quæ in omni exceptione ad jus defensionis reo spectanda sint. Quæ genera exceptionum: et in his de peremptoriis exceptionibus, quæ sint, et quales, id est quam vim ac potestatem habeant ad actionem excludendam.

*Methodus et partitio rerum.* I.
*Exceptiones aut dilatoriæ, aut peremptoriæ.* II.
*Peremptoriæ quid. Hæ aut nascuntur initio rei gerendæ, aut re jam constituta novis de caussis.* III.
*Priores illæ aut sunt ex re sola, aut maxime ex ejus persona cui tribuuntur.* IV.
Ex re sola *quatuor esse usitatas; unam vero extraordinariam. Quæ sint.* V.
Ex persona *ordinarias duas; tertiam extraordinariam.* VI.
*Posteriores nasci ex debiti remissione: duplex remissionis modus: qualis uterque.* VII.
*Item ex jurejurando, ex re judicata, ex dolo; et quatenus.* VIII.
*Item ex silentio actoris per tempus actioni constitutum.* IX.
*Tempora actionibus in rem et in personam præstituta alia esse atque alia.* X.
*Actionibus in rem attributæ præscriptiones* Quadriennii, Quinquennii. (*Qualis utraque*). XI.
*Item* decem vel viginti annorum. *Qualis hæc, et quibus in rebus locum habeat post Justinianum.* XII.
*Item* annorum triginta. *Quæ res præscriptioni huic obnoxia; et ex quo die cedat in re pupillari.* XIII.
*Item* quadraginta annorum. *Quæ res ita præscriptione retineantur.* XIV.
*Præscriptio hæc quando in hypotheca locum habeat, aut secus: et quæ hic possessorum habenda distinctio.* XV.
*Centenaria Ecclesiarum præscriptio ad quadragenariam a Justiniano revocata adversus earum res aut personas: quoad civitates nihil immutatum.* XVI. XVII.
*Actiones in personam privatas sola triginta annorum præscriptione summoveri.* XVIII.
*Quæ præscriptio temporis removeat appellantem.* XX.
*Actionem quæ* jure ipso *ab ea quæ per exceptionem perimitur, effectu distare duabus in rebus.* XXI.
1. *In contestatione juris acquisiti peremptione; quod utriusque discrimen.* XXII.
2. *In renovatione actionis prioris: quæ hic unius ab altero differentia.* XXIII.
*Exceptionem peremptoriam esse perpetuam, etiam si actio ex eadem caussa nata sit temporalis. Differentiæ ratio.* XXIV.
*Exceptio non numeratæ pecuniæ quando efficiatur ex temporali perpetua.* XXV.

I. Hæc de verbis exceptionis et præscriptionis, ut intelligeretur quid esset id de quo sub his verbis hoc loco quæreretur, tum unde hæc ipsa ad rem superiorem significandam essent ducta. Jam de jure quod in omni exceptione ad justam defensionem spectandum sit, videamus. Id quibus in rebus versetur, ex eo quod subjicio licebit statim æstimare. In omni exceptione defensionem rei adversus actionem quærimus. Hanc defensionem reus si assecutus erit, habet quod quæritur, nec quidquam quæret amplius. Ut assequatur, quatuor his rebus opus est. Primum est in eo, ut sit justa et jure cognita exceptio qua utatur. Proximum, ut talis sit quæ valeat ad excludendum ita actionem ut reus excludi desiderat. Tertium, ut qui ea exceptione uti volet, eam ipse habeat jure sibi constitutam. Quartum ut ea sic utatur quo modo ad defensionem jure uti oportet. Hinc ergo totidem exsistunt quæstiones in quibus totus hic locus de jure exceptionum consumitur: in summa quatuor naturali quodam vinculo atque ordine inter se connexæ et appositæ ad finem exceptionibus propositum consequendum. Prima est, quæ sint justæ et jure proditæ exceptiones quibus ad excludendam actionem jure uti liceat. Secunda, qualis quæque hæc sit exceptio, ut quæratur quam vim unaquæque habeat ad actionem excludendam, id est quatenus et quo usque excludat. Tertia est de jure habendæ exceptionis, ut quæratur an qui ea utitur, eam sibi habeat jure. Postrema de usu exercendæ exceptionis. Quarum quæstionum

priores duæ sunt de re ipsa quam ante omnino statui oportet, quam quæratur quis eam habeat aut quomodo ea utatur: posteriores de persona ejus qui exceptione uti volet; ut scilicet, exceptionibus justis earumque vi in medio positis, certo ordine quæratur quis his et quam recte utatur ad defensionem.

II. Hæc in omnibus exceptionibus non eodem jure habentur. Distinguuntur ista generibus exceptionum, ac talia sunt uti est genus exceptionis: genera porro ex vi exceptionis æstimantur. Genera ergo exceptionum summa (1) duo inde ducta: exceptionum enim quædam peremptoriæ sunt quæ et perpetuæ; quædam dilatoriæ quæ dicuntur

(1) Hæc divisio præcipua a fine et effectu sumpta, Wes. *Par. d. h. tit. n.* 7. et *Cod. h. t. n.* 4. *et supplem. ad Sucidvin. l. h. t. n.* 4. Goth. ad *L.* 2. *§. ult. h. t.* Zang *P.* 1. *C.* 3. *n.* 38. Donellus noster *ad Rub. C. h. t. n.* 12. Sigis. Scaccia *de Judic. caus civil. etc. Lib.* 2. *C.* 101. *n.* 2. Greg. Lopez *Animadv. C.* 28. Vult. *ad h. t. Inst. n.* 17. Quomodo at Atheniensibus exceptiones aliæ τῆς δίκης aliæ τοῦ χρόνου, Joach. Steph. 2. *de Jurisd. Ju læ. Græc. etc.* 16. Nec audiendi interpretes qui plura genera cudunt, ut qui anomalas addunt quæ ita utriusque naturæ participent, ac tam ante quam post litem contestatam opponi queant: vid. Monach. Pract. *judic p.* 5. *§.* 6. *C.* 3. *n.* 8. (ubi tales esse vult non numeratæ pecuniæ et dotis, item filiationis et beneficii inventarii) De quibus et Rosbach. *Pract. tit.* 43. Asin. *Praxi judic. §.* 13. *C.* 7. plures recensens. Item mixtas quas alii illas vocant, quæ tam in dilatoriarum ad processum impediendum, quam peremtoriarum ad terminandam litem, forma opponi possunt, ut DD citati a Moll. *ad Nov. Elect. Sax.* 3. *P.* 1. *n.* 3. vulgo exceptiones litis finitæ, vid. *infra h. C.* 8. *N.* 8. Aliqui illas quæ adhuc dubiæ, veluti si quid sub conditione debeatur. Si conditio impleri potest et nondum extitit dilatoria exceptio; sin dubitatur an possit, mixta. Chilian. Goldstein. *Process. P.* 2. *C.* 36. *n.* 12. *et seqq.* Quas et Hot. *ad §. appellantur* 8. *ipsi* 6. *l. h. tit. Enunc.* 1. ambiguas vocat, et tertiam speciem ab Imperatore omissam, per *l.* 56. *de cond. ind.* Denique quasi peremptorias, referente Lopez *d. C.* 28. Anomalas tamen mixtas at medias pro iisdem habet Asin. *d. C.* 7. Qui et *d. §* 13. *C.* 1. *n.* 10. sub bimembri Jurisconsultorum divisione eas contineri sentit. Et quod mixtæ tertiam speciem non constituant Moller. *d. n.* 3. Sciteque commentatores illos pluripartitæ divisionis taxat Lopez *d. C.* 28. qui quas sibi sumpserunt alias a Jurisconsultorum divisionibus comminisci. Qui, si Jurisconsulti ipsi diversas tradidissent, non parum in conciliatione torquerentur. Totus fere error DD. inde quod perpetuas dici putarent quæ quovis tem ore judicii opponi possent: temporales contra. Erronee per not. 1. *h. C. N.* 13. Ex anomalis itaque quas vocant, aliæ ut non numeratæ pecuniæ, vere peremptoriæ; aliæ ut excommunicationis, vere dilatoriæ, ut et prob *C. exceptionem* 12. *Extr. h. t.* Neque enim hæc dilatoriarum substantialis forma, ut ante litis contestationem proponatur, sed ut ad tempus excludat. Neque solemnitas judiciorum substantiam aut naturam exceptionum mutat, Lopez *d. C.* 28. *n.* 4. et 6. Ambiguæ vero illæ et mixtæ non nova sed peremptoriarum species, quarum effectus in *d. l.* 56. eis tribuitur. Ac etsi utræque, ut et quas quasi peremptorias dicunt, in sua specie quid peculiare habeant, id tamen in cujusvis generis tractatu potius subdivisionibus factis monendum. Lopez *d. loc.* Cæterum non ita pridem amicus noster Ilico Ummius *Disp. Process.* 8. *Th.* 2. *et seqq.* peculiarem exceptionum divisionem instituit, cujus hæc summa capita: Omnes exceptiones vel de processu, quæ respiciunt aut judicem aut litigantes, vel de actione instituta. Et hæ aut concernunt merita actionum, quam excludunt, vel ad tempus, temporales; vel in totum, perpetuæ: aut modum actionis instituendæ, quæ non decenter propositam in melius reformant. Quæ divisio si concinna, perquam manca sit præsens jurisconsultorum et Imperatoris divisio oportat, quippe illius membro uni, ceu subdivisio, inclusa. Quæ dum refero, illam ferme satis refello, neque his immorari collubitum est. Putarem nobis non liceta esse tam disertis vel argutis, ut nimis altum, præter vel contra juris nostri mystas, sapiamus. Videotur tamen in ea nupera partitione quædam non plane spernenda, forsan et aliqua æmulanda: sed si illa ad hanc nostram divisionem revoces eique subjicias; non contra, quod fieri par non est, nec convenit. Cæterum alias distinctiones nostro hic omissas hic attingere non alienum erit. Quorum una in *§.* 7. *I. h. t.* a caussa efficienti, quod aliæ civiles, veluti Senatusconsulti Macedoniani et Vellejani, divisionis, præscriptionis, fori *L. pen. et ult. C. h. t.* aliæ prætoriæ ut pleræque aliæ, Myns. *in d. §.* 7. *n.* 4. *et* 5. Vult. *I. h. t. n.* 16. Zang. *P.* 1. *C.* 3. *n.* 34. Omnes tamen a prætore dabantur, Hot. *ad §. item si* 5. *I. h. t. Enunc.* 5. vid. *supra C.* 1. *N.* 12. sicuti et actiones. Altera exemplis innuitur *h. t. Inst.* quod aliæ nominatæ, aliæ innominatæ, quæ videlicet in factum comparatæ, datæ, compositæ dicuntur, Vult. *Inst. h. t. n.* 15. Goth. *ad Rub. D. h. t.* vid. *infra Cap.* 6. *N.* 25. Reliquæ ab interpretibus excogitatæ et fere effictæ. Nam quod a forma alias dicunt justas, alias frivolas et præposteras. Wes. *Par. C. h. t. n.* 4. *et ad Sucidvin. l. h. t. n.* 4. Zang. *d. C.* 3. *n.* 37. perinde est ac si dicas: Homo alius est verus, alius pictus. Exceptionum omnium mater æquitas. Proinde frivola nulla est, neque dicitur eius adjecto; et si absque eo, id fit ex intentione et opinione excipientis. Fac. *L.* 221. *de V. S.* Quid quod calumniosas at impertinentes exceptiones judicem ex officio, parte non istante rejicere posse, immo et debere prodiderunt Ru-

et temporales, *L.* 2. in fin. *L.* 3. *D. de exc.* §. *appellantur. Inst. de exc.* Alio, inquam, jure in superioribus omnibus partibus quatuor habentur peremptoriæ exceptiones, alio dilatoriæ. Proinde de his generibus distincte et sigillatim dicemus, in singulis persequentes superiora illa quæ in unaquaque specie exceptionis quæri et spectari debere diximus.

III. Peremptoria actio est quæ semper agentibus obstat, et hoc modo rem de qua agitur perimit: unde et peremptoriæ nomen: *d.* §. *appellantur. Inst. de exc, L.* 3. *D. eod.* Nascuntur hujus generis exceptiones, ut et cæteræ, certis et jure constitutis ex caussis. Itaque ut sunt hæ caussæ, ita sunt et hæ exceptiones. Hinc peremptoriarum genera duo. Quædam (2) ab initio nascuntur reo ex iis caussis quæ jam tum in re gerenda intervenerunt: quædam, re initio recte constituta, exsistunt postea novis de caussis. De quibus generibus, quatenus hæc obligationis et actionis in personam liberationem adferunt, dixi jam ante (3) sub titulo De liberationibus quæ per exceptionem contingunt. Nunc summam ita perstringam, ut adjiciam etiam eas quæ actiones in rem summovent.

IV. Quæ nascuntur ab initio, hæ partim ex re sola sunt, partim maxime ex persona ejus cui tribuuntur.

V. Ex re his de caussis, si quis quid promiserit aut coactus metu, aut deceptus dolo, aut errore suo falsus aut inductus spe futuræ numerationis quæ secuta non est. Hinc usitatæ peremptoriæ exceptiones quatuor: metus, doli, in factum ex errore promittentis, et pecuniæ non numeratæ: quarum de prioribus duabus est in *tit. Inst. de exc.* in pr. item proprius Titulus *D. de dol. mal. et met. exc.* De tertia specie est in eo *tit. de exc.* in pr. et in *L. si quis cum aliter. D. de verb. obl.* De exceptione non numeratæ pecuniæ est in §. 1. *Inst. de exc.* Usitatas has solum quatuor esse dixi: et sunt sane. Cæterum si quis non usitatas quoque requirat, licebit quintam adjicere propositam liberto adversus patronum, de iis quæ onerandæ libertatis caussa promissa sunt: de qua specie dilucide scriptum est in *L.* 1. §. *quæ onerandæ,* §. *ultim. D. quar. rer act. non dat.*

VI. Ex persona nascuntur ab initio duæ, exceptio Macedoniani de pecunia filiofamilias credita, exceptio Vellejani prodita mulieri quæ pro alio intercessit; quibus de Senatusconsultis supra suo loco diximus: commemorantur hæ exceptiones in *L. qui exceptionem. D. de cond ind.* et *L.* 7. *D. de except.* Et sunt hæ duæ ordinariæ, propositæ jure communi. Una est extraordinaria proposita minoribus per in integrum restitutionem: ea est de iis oneribus quibus se minores subjecerunt, cum non suscipere liceret: indicatur in *d. L.* 7. *de exc.*

VII. Re ab initio recte constituta, interveniunt nonnunquam postea ea facta propter quæ æquum sit reum ea actione qua prius utiliter tenebatur nunc non ita teneri. Unde etiam exsistunt postea reo tanquam ex suis caussis justæ exceptiones. Hæ caussæ atque ea facta sunt quinque: remissio debiti, jusjurandum, res judicata, dolus in actione instituenda adhibitus, et silentium actoris. Remittit creditor debitum (4) dupliciter;

lant. *de Commiss.* *P.* 3. *Lib.* 9. *G.* 5. *n.* 7. Vid. Melchner. *tomo* 3. *Decis. Cam.* 13. *n.* 43. copiose Jo. Bapt. Asin. *de Exsec.* §. 3. *C.* 19. *et seqq.* Pariter quod alias emergentes, alias incidentes vocant eo sensu quo refert Zang. *d. C.* 3. *n.* 43. *et seq.* a loquutione Jurisconsultorum alienum, jurisque auctoritate vacat, nec appellationes illæ rebus consequentes.

(2) Ita et noster ad *Rub. C. h. t. n.* 14. Convenit Bocer. *Class.* 5. *Disp.* 16. *Th.* 9. *et* 10. Vulgo DD. peremptorias alias simplices vocant, alias litis finitæ, privilegiatas, de quo notabo *infra C.* 7. *N.* 8.

(3) Addenda tamen exceptionibus, quæ ex re natæ, illic omissa exceptio dominii de qua vid. Donellus *ad L. pen. tit. de rei vind.* Quam sunt qui velint omni actioni objici posse per *L.* 173. §. *ult. de R. J.* Ilico Umm. *Disp. Process.* 8. *n.* 7. Sed rem non perpendisse videntur. Ut exceptio dominii condictionibus objiciatur, juris ratio non finit. Nam si depositum repetenti, ex gr. objiciatur quod depositum rei propriæ non consistat, non est hæc peremptoria aut vera exceptio, sed quæ vulgo facti, aut intentionis usurpatur, qua actionem unquam competiisse negatur. Qui autem, quæso, vel fingere casum poterit, quo ex empto conductove agens dominii exceptione submoveatur. Piget plura. Ejusdem classis videtur exceptio restitutæ hereditatis de qua *Lib.* 7. *tit.* 25. *n.* 3. Ex illis quæ ex personis ortæ omissa *d. C.* 22. exceptio ætatis minoris *L.* 74. *in fi. D. h. t.* vid. *supra Lib.* 21. *Cap.* 4. *N.* 7.

(4) Plenius noster ad *rub. C. h. t. n.* 14. caussam primam appellat voluntatem creditoris, si reum teneri noluit vel ipse actor, ubi pacti exceptio, vel is cui hic successit, nempe testator. Ex eodemque fonte esse exceptionem rei venditæ quæ vindicanti objici *t. de Exc. rei vend.* Sunt qui et exceptionem divisionis peremptoriis accenseant et recte. Sich: *ad L.* 10. *C. de fid. juss. n.* 10. *et* 12. quia post litis contestatam objici potest, *d. L.* 10. et Asin. §. 13. *C.* 6. *n.* 10. Bronch. *x. Misc.* 52. quia objecta perpetuam vim habet ne unquam postea in solidum conveniatur, et Zang. *P.* 3. *C.* 19. Bocer. *cl.* 5. *Disp.* 16. *Th.* 30. Licet crebriores alii di-

pacto aut suprema voluntate. Remittit pacto qui paciscitur ne petat. Hoc pacto non tollitur obligatio semel contracta, nisi si qua solo consensu contracta est, et res adhuc est integra, *L. ab emptione, D. de pact.* Sed quæ conventio rem ipso jure non liberat, prodest ei ad exceptionem qua occurratur contra pactum agenti, *L. obligationum fere, D. de obl. et act.* Atque hinc pacti exceptio peremptoria, si ita convenerit ne omnino pecunia peteretur: idque explicatur ad hanc sententiam in §. *præterea*, §. *appellantur* in pr. *Inst. de exc.* Remittit suprema voluntate testator qui vetat hæredem quid petere, aut debitori legat liberationem. Ne hæc quidem unius voluntas satis est ad tollendam ipso jure obligationem quæ duorum consensu contracta est: vetat regula juris. *L. nihil tam naturale, D. de reg. jur.* Sed quæ ad eam liberationem non valet, prodest reo ad exceptionem. *L. 3. §. nunc de effectu, D. de lib. leg.*

VIII. Ex jurejurando est exceptio jurisjurandi, quæ tunc nascitur reo, cum deferente adversario juravit, in actione quidem in personam se nihil debere; in actione autem in rem id quod petitur ad jus actoris non pertinere: de qua specie est in §. *æque, Inst. de excep.* Ex re postea judicata oritur reo rei judicatæ exceptio, cum is qua de re cum eo agebatur, judicio absolutus est: de hac specie est in §. *item si, Inst. de exc.* Ex dolo adversarii postea nascitur reo exceptio doli mali, cum ab initio nihil dolo malo factum est ab adversario, sed tum is cœpit facere cum egit. Quo in genere varie dolus admitti solet ab actore: quæ totidem sunt hujus exceptionis caussæ. De his commodius postea in explicatione ipsius exceptionis: nam de ea, propter nonnullam difficultatem hujus speciei, mihi constitutum est paulo post separatim dicere.

IX. Silentium actoris exceptionem parit reo, cum certo tempore actionibus in rem aut actionibus in personam, iis quæ ab initio perpetuæ fuerunt, postea legibus ad agendum constituto, per totum id tempus is cujus ea actio erat non egit, atque ita tempus per silentium exire passus est. Hoc finito, non tollitur quidem (5) ipso jure actio cui tempus istud præfinitum est, ut docui sub titulo quo tempore obligationes actionesve finiantur, seu de perpetuis et temporalibus actionibus: sed ne frustra præfinitum sit certum tempus, fit quod est proximum ad tuendam legem, ut repellatur actio exceptione; quæ in usu juris frequentius appellari solet præscriptio temporis seu temporalis, quia reo ex tempore nata est. Ex quo ille Titulus *D. de diversis temporalibus præscriptionibus:* sed ita prescriptio, ut meminerimus hoc verbo nihil aliud significari quam exceptionem temporis, ut explicatur in *L. pen. C. de præs. lon. temp.*

X. Hujus generis exceptiones, ut sunt tempora actionibus varie præfinita, ita et ipsæ sunt variæ et diversorum temporum præscriptiones. Alia autem tempora præstituta sunt actionibus in rem, alia actionibus in personam. Hinc in his actionibus aliæ atque aliæ sunt prescriptiones temporales quibus superiores actiones excluduntur.

XI. In actionibus in rem, pro diversitate istorum temporum, hæ sunt quoque diversæ exceptiones; quadriennii, quinquennii, decem vel viginti annorum, triginta annorum, quadriginta annorum, centum annorum; ita constitutæ hæ exceptiones, prout visum est iis quorum in rem actio est, brevius aut longius tempus ad agendum constituere; quo exacto, prescriptione temporis summoverentur. Præscriptio quadriennii locum habet re aliena a fisco vendita aut alio modo ab eo alienata. Hic enim placuit rem quamvis alienam transferri, et eum qui accepit statim securum esse; fiscum autem solum domino rei eo nomine teneri; sed et hunc hactenus, ut teneatur intra quadriennium dumtaxat. Quo exacto, fiscus scilicet dominum quoque ipsum præscriptione quadriennii summovet. De hac specie est *tit. C. de quad. præs.* Quinquennii præscriptionis in querela inofficiosi locus est: hæc enim querela intra quinquennium solum datur ex quo hereditas adita est. *L. Papinianus, §. ult.* et *L. seq. D. de inoff. test. L. si quis filium,* in fi. *C. eod.* Ita, hoc tempore exacto, nascitur heredi scripto præscriptio hujus quinquennii quæ querelam excludit.

XII. Præscriptio decem vel viginti annorum ante tempora Justiniani locum habuit in rebus soli provincialibus. Nam hæ, cum stipendiariæ et tributariæ essent, et quodammodo in jure populi Romani, non poterant usucapi, idest usu cujusquam ita fieri ut

latoriam statuant citati ab Hering. *de fidei. C. 28. n. 30.* Denique hoc quidem exceptionem rei litigiosæ referunt. Quo de quid habendum, forsan alibi vid. *supra Lib. 9. C. 10. n. 25.*

(5) Quod copiose firmat Gilken. *de præscript. P. 1. C. 4.* Contr. Zang. *P. 3. C. 10.* Moller. *ad Nov. Elect. Sax. 25. P. 1.* quos pro utraque parte consule, ut et Trentac. *Lib. 2. Pract. Resol. tit. de Excep. Resol* 3. tractans quando præscriptionis exceptio litis ingressum impediat.

plene ejus essent et in ejus mancipio. Sed hoc relinquebatur justis possessoribus, ut si quis eas res bona fide nactus, possedisset deinceps decem annos inter præsentes, viginti inter absentes, is possessas acquireret hactenus, ut præscriptione longi temporis possessionem tueretur; qua fieret ut et possidens veterem dominum hac exceptione summoveret et, possessione amissa, haberet utilem actionem ad res vindicandas: de hac præscriptione longi temporis agitur *tit. C. de præs. long. temp.* Justinianus autem postea usucapionem ita transformavit ut, sublata prædiorum Italicorum et provincialium differentia, vellet prædia omnia bona fide ab initio quæsita, deinde per superius tempus continenter possessa, pariter usucapi, *L. unica, C. de usuc. transf. Inst. de usuc.* in pr. Quo jure constituto, apparet possessores, re ita quæsita dominos factos, deinceps veterem dominum ipso jure summovere, non per exceptionem: quippe quæ nulla esse potest adversus eum qui, dominio usucapione amisso, actionem in rem ipso jure habere desiit, *L. in rem, D. de rei vind.* Unde intelligimus eadem constitutione sublatam hic esse longi temporis præscriptionem. Solum huic præscriptioni locus relictus est in re pignori obligata ab extraneo possessa; qui si eam justo initio nactus, per decem annos possederit inter præsentes, viginti inter absentes tacentibus creditoribus, placet creditoribus postea pignus persequentibus præscriptionem longi temporis opponi posse, *L. 1. L. 2. C. si advers. cred. præs. opp.* Etiam huic præscriptioni nunc quoque locus est in reo qui in fluminis publici diverticulo solus pluribus annis, idest per longum superius tempus, ut minimum decem annorum, piscatus est. Hoc qui fecit, hunc Marcianus scribit alterum eodem jure prohibere, *L. si quisquam, D. de diver. temp. præs.* Quod plane ita interpretandum est, ut prohibeat alterum longi temporis præscriptione qua alioqui cæteri possessores defendi solent. Sed prohibebit alterum eodem jure uti, dum erit in ejus loci possessione. Locum si semel amiserit, non habebit actionem ad veterem possessionem repetendam. Res enim publici est flumen, non privati juris; ut nulla hic vindicatio privato cuiquam posit acquiri, estque hæc sententia *L. præscriptio*, alias *L. ult. D. de usurp. et usuc. L. in tantum, D. de rer. div.*

XIII. Triginta annorum præscriptio in actionibus in rem locum habet in rebus privatis, quæ usu capi et longo usu acquiri prohibentur: quales sunt res furtivæ, vi possessæ, res pupilli, res ab initio mala fide possideri cœptæ. His possidendis cum possessori non acquiratur jure dominium, nec longi temporis præscriptio; placet tamen ei acquiri præscriptionem triginta annorum, qua dominum ipsum vindicantem summoveat, si tot annos possederit. Est enim hoc tempus summum omnibus fere actionibus privatis præfinitum, intra quod agere liceat ei cui actio competebat. *L. sicut, L. omnes, C. de præs. trig. vel quad. ann.* Et hoc, dummodo in re pupilli intelligamus triginta annorum præscriptionem adversus eum cedere dumtaxat ex quo pubes factus est, nec in his annis tempus impuberis ætatis computari, *d. L. sumpto.*

XIV. Præscriptioni quadraginta annorum, cum in rem agitur, locus est hypothecis, et in rebus ad Ecclesiam, tum ad alia loca piis usibus destinata pertinentibus; qualia sunt xenodochia, ptochotrophia, et similia destinata pauperum alimoniæ.

XV. Sed in hypotheca hæc præscriptio locum habet interdum, non semper. Admittit enim hypothecaria actio hanc varietatem præscriptionum, quibus creditore hypothecam vindicante excludatur, ut excludatur alias possessione sola longi temporis decem vel viginti annorum; alias non nisi possessione annorum triginta; interdum non nisi præscriptione annorum quadraginta. De quo constituitur ex genere et qualitate possessorum, estque in eo hæc distinctio. Interest enim quis rem hypothecæ obligatam alius a creditore possideat, utrum extraneus, an debitor qui dedit, heresve ejus. Extraneo possidente, si quidem is justa ex caussa et bona fide rem nactus est, huic decem annorum inter præsentes, viginti inter absentes possessio, quam cessante creditore implerit, sola sufficit ad præscriptionem temporis, qua creditorem postea pignus vindicantem summoveat: de quo jam supra dixi: estque hæc sententia *tit. C. si adv. cred. præs. opp.* Sin is hypothecam possedit mala fide, nihil quidem ei prodesse potest ad summovendum creditorem superioris temporis præscriptio quæ bonam fidem possessoris exigit: si tamen possederit totos triginta annos, incipit tutus esse præscriptione hujus temporis ex constitutionibus generalibus quæ, nisi quæ actiones excipiantur, omnibus hoc tempus præfinierunt intra quod concluderentur, *d. L. sicut, d. L. omnes, C. de præs. 30. vel 40. annor.* Quod si hypotheca possidebitur a debitore ipso qui eam constituit, aut ab herede ejus; valde iniquum esse visum est

vel prius tempus vel posterius his prodesse ad excludendam hypothecam quam non non solum semel debitor constituit, sed etiam quam videtur creditori ipsi possedisse, certe a se constitutam illi pro officio possidendo servare debuisse. Et ita olim jus erat, ut nulla præscriptione temporis defendetur debitor heresve ejus qui eodem jure uti debuit, adversus creditorem hypotecaria actione pignus persequentem. Sed Justinianus hic quoque debitori præscriptionem dedit; non tamen illam communem triginta annorum, sed quæ summa esse videbatur, annorum quadraginta, *L. cum notissimi*, in princip. et §. 1. *C. de præs. long. temp.*

XVI. Eadem præscriptio inducta generaliter in rebus omnibus tam ecclesiasticis, quam ad loca pauperum alimoniæ publice destinata pertinentibus. Prius adversus eas res solum valebat centum annorum præscriptio, cautum *L. ult. C. de sacros. eccl.* Sed jus immutatum est postea a Justiniano, et res revocata ad quadraginta annorum præscriptionem, *Novell. hæc const. inn. præc.* 111. Centum annorum præscriptio admissa est primum in rebus ad civitatem pertinentibus, *d. L. ult. C. de Sac. Ecc.* Semel admissa etiam nunc mansit, quia de eo jure nihil a Justiniano mutatum proponitur, *arg. in L. præcipimus*, in fin. *C. de app.*

XVII. In actionibus in personam pro varietate temporum his actionibus præstitutorum hæc quoque præscriptionum temporalium varietas est, quibus eas actiones summoveri placet; in rebus quidem ad ecclesiam, et loca piis usibus destinata pertinentibus annorum quadraginta præscriptio; in rebus autem pertinentibus ad civitatem præscriptio annorum centum. Nam hæc tempora ecclesiæ, venerabilibus locis et civitati, personarum favore, in commune tributa sunt cum in actionibus in rem, tum in actionibus in personam, ut declaratur *d. Novella.* Hæc constitutio innovat præcedentem *L. ult. C. de Sacr. Eccl.*

XVIII. Quæ autem actiones in personam privatorum sunt, in his duo genera præscriptionum temporalium mihi occurrunt; unum in prima actione; et ut cum vulgo loquar, in prima instantia: alterum in caussa appellationis. In prima actione una est omnium actionum in personam præscriptio communis, præscriptio triginta annorum. Hac quidem præscriptione omnes privatas actiones, tam in personam quam in rem summoveri constat, *d. L. sicut*, et *L. omnes, C. de præs. 30. vel 40. ann.* Sed hoc adjicimus, alia præscriptione actiones privatas in personam non summoveri; ne forte in aliis in hoc genere quærendis frustra laboremus. Id autem sic colligi potest. Omnis actio in personam aut ab initio constituta est lege intra certum tempus, aut ab initio sine ulla præfinitione temporis. Intra certum tempus ab initio constitutæ innumeræ: ut fere honorariæ omnes intra annum, *L. in honorariis, D. de obl. et act.* constitutionibus actio de dolo intra biennium, *L. ult. D. de dolo*, edicto ædilium actio redhibitoria intra sex menses, quanto minoris intra annum, *L. sciendum*, §. *ulti. D. de æd. edic.* Sed nulla harum præscriptione temporis summovetur. Finito enim tempore præstituto, et ipsæ jure ipso finiuntur, ut docuimus supra sub titulo: Quo tempore obligationes actionesve finiuntur, seu de perpetuis et temporalibus actionibus. Quæ finiuntur ipso jure, eas certum est non removeri, non perimi per exceptionem; cum perimi actionem ipso jure, et perimi per exceptionem ita distinguantur in toto jure, ut etiam inter se opponantur *L. qui servum*, §. 1. *D. de obl. et act.* Reliquæ sunt actiones, quæ constitutæ sunt ab initio sine ulla præfinitione temporis. Hæ postea ex constitutionibus certum tempus acceperunt, intra quod his experiri liceret. At hoc tempus in omnibus unum est, triginta scilicet annorum, *d. L. sicut, L. omnes, C. de præs. 30. vel 40. annor.*. Quo fit ut in hoc genere actionum in personam una hæc relinquatur præscriptio triginta annorum, qua quidem in prima instantia is cum quo agitur nitatur.

XIX. In caussa appellationis, juri appellandi, id est agendi ex appellatione, tempus olim præstitutum fuit, in caussa quidem propria biduum, in aliena triduum, *L.* 1. §. *triduum*, §. *in propria*, *C. quan. app. sit.* Hodie constituti decem dies, *auth. hodie, C. de app.* Hinc præscriptio hujus temporis adversus eum qui hoc tempore exclusus postea appellet, et appellationis caussam exsequi studeat. (6)

XX. Atque hæ sunt peremptoriæ exceptiones. Jam quod de his proxime quæri dixi, quam vim et potestatem habeant ad actionem excludendam, videamus. Hæc vero

(6) De hisce præscriptionibus aliisque similibus ad pleniorem notitiam consule Tract. Cujac. *de divi. temp. præscript. et Tr.* P. Gilken. *de Præscript. passim.*

una est et communis omnium, quæ et nominibus ipsis hujus generis designatur. Dicuntur enim peremptoriæ et perpetuæ, §. *appellantur*, *Institutio. de excep. L.* 3. *D. eod.* Cur ergo peremptoriæ? ut intelligatur, quod in re est et effectu harum exceptionum, eas esse videlicet quæ actionem et rem de qua agitur sic excludont ut (7) perimant, *d.* §. *appellantur*, *Institut. de exceptionib.* Quod si perimunt, effectu res eo redit ut jam amplius actio nulla esse intelligatur; certe non magis obstet quam si nulla unquam (8) fuisset. Desinit enim esse id quod perimitur. Hinc nata regula juris de hoc genere exceptionum: Nihil interest utrum actionem non habeat, an actio per exceptionem infirmetur, *L. nihil interest, D. de reg. jur.* Recte nihil interest: id enim vere futurum erat, si actio perempta et exstincta esset. Id autem per exceptionem nunc accidit, exceptionem accipe peremptoriam. Neque vero hoc genere exceptionum actionem solum perimi dicimus, sed etiam rem de qua agitur: sic enim verba sunt descriptionis ejus quæ huic generi tribuitur in *d.* §. *appellantur*, *Inst. de exc.* Quod eo pertinet, ut intelligatur peremptoria exceptione etiam obligationem ipsam perimi; ut jam non modo nulla sit actio ejus persequendi caussa quod petebatur, sed nec in obligatione (9) ulla res subsit quæ debeatur vel natura. Quod et ipsum verum est idemque perpetuum, si unam exceptionem Macedoniani exceperis. Idque ita esse ea re manifeste declaratur, quod quibuscunque in caussis lex, ut aliquid ratum sit, prius debitum saltem natura exigit, generaliter probatum est ad eam conditionem legis non pervenire: denique in numero hujus debiti non esse habendum quodcumque est jure summo debitum, cujus petitio per exceptionem peremptoriam infirmatur. Exemplo sunt pecunia constituta et indebiti condictio. Pecuniam qui constituat pacto se soluturum, sic de pecunia constituta obligatur, si quod constituatur ante vel natura fuit debitum, *L.* 1. §. pen. et ult. *D. de pec. const.* Si proponas aliquem jure civili quid debere, qui exceptionem peremptoriam habeat; quisquis constituerit id se soluturum, placet eum eo nomine non teneri, quasi constituerit pecuniam omni jure indebitam, *L.* 3. §. 1. *D. eod.* Sic qui quid solvit, ita demum solutum repetere non potest, si solvit debitum; et ad eam rem vel naturalis obligatio sufficit. Solius indebiti et ejus quod nec natura debeatur soluti condictio est, *L. si pœnæ*, in pr. *D. de cond. ind.* §. 1. *Inst. quib. mod. re cont. obl.* Propone eum qui exceptionem perpetuam, proinde et peremptoriam habebat, per errorem solvisse. Dum non sit Macedoniani exceptio quæ naturalem obligationem semper relinquit, placet solutum repeti posse. *L. qui exceptionem, D. de cond. ind.* Indebitum igitur etiam natura solvit qui exceptionem ejusmodi prius habuit, alioqui cessaret condictio. Definiamus ergo potius generaliter hoc modo; nihil interesse, utrum quis ipso jure nihil debeat, an ita debeat ut actio quæ jure summo esse potuit, per exceptionem infirmetur.

XXI. Sed hoc si ita est, cur in usu juris

(7) A perimendo sicut peremtorium edictum, *L.* 70. *D. de judic.* peremptoria fulgura, Sc. Gentil *Orig. lib. sing. p.* 391. *et seq.* Nam vires principalis negocii exhauriunt ut *L.* 2. *C. de prec. Imp. off.* Vult. *Inst. h. t. n.* 17. interficiunt negocium, cum dilatoriæ lædant tantum et vulnerent, *L. ult. C. In quib. cau. in int. L.* 2. *C. Th. unde vi.* Unde Peremptoria Gr. τελῖια dilatoria ἀτιλὴς Cujac. *Par. D. h. t.*

(8) Ita et Don, *ad rub. C. h. t. n.* 4. Quia etsi debitor actione veteri, jure civili, teneatur; objecta tamen exceptione id consequitur, ut non magis teneatur quam si actio nulla esset, et P. Fab. *ad L.* 66. *de R. J.* Et Bellon. 2. *Supput.* 10. Nihil interest; in effectu scilicet et exceptione jam probata; secus pendente judicio, add. Gilken. de *præscript. P.* 1. *C.* 4. *n.* 33.

(9) Rectissime. Ac convenit Matthesilan. *Sing.* 97. Nec recte Hot. 6. *Obs.* 23. peculiare esse exceptioni rei judicatæ ut apud Prætorem allegata ipso jure actionem perimat. Quod in liberationibus juris civilis ipsum jus effecit, idem in his oppositio in judicio. Postquam itaque hæc opposita et probata, effectum perimendi sortitur, et non minus extinguit actionem quam alias illa jure tollitur. Nam si perimit actionem, utique et obligationem, illius caussam adæquatam. Si hanc perimit, ita dissolvit, ut nullum ulterius effectum operetur. Quare, etsi obligatio pacto sublata contrario pacto resuscitetur, *L.* 27. §. 2. *de pact.* id tamen antequam exceptio judicio objecta et probata. Postea autem resuscitari nequit, cum nulla obligatio civilis remanserit. Nam differentiæ 2.° quas Don. mox tradit obtinent, priusquam exceptio hæc contestata. Nec aliud jus esse admiserim, in exceptione Macedoniani ut hic Donellus. Nam *d. L.* 10. non accipi debet, quasi idem sit post eam objectam et probatam. Plane si opposita ea condemnetur filiusfamilias, postea objiciens non auditur, *L.* 11. *ad SC. Maced.* sed id ob vires rei judicatæ, unde habetur ac si nec unquam filiofamilias competierit, etsi forte injuste rejecta fuerit.

ista inter se non distinguuntur solum, sed etiam opponuntur, perimi actionem ipso jure, et perimi per exceptionem? nam ita distingui et inter se opponi constat, *L. qui servum*, §. 1. *D. de obl. et act.* Fit hoc non otiose. Etsi enim hæc ut plurimum eundem effectum habent et, quanvis alia via, nihilominus eodem ducant; tamen non est perpetuum. Distant hæc etiam effectu (10) duabus his in rebus; in juris ea perem ptione parti contestatione, et in prioris actionis renovatione.

XXII. In juris parti contestatione hoc modo. Nam qui ipso jure liberatus est, puta eum solvisse, is si conveniatur de ea re quam solvit, potest initio in lite contestanda plane negare se quidquam debere et omittere contestationem seu allegationem solutionis eo pacto, ut nihilominus hanc ipsam solutionem quandoque postea (11) ante rem judicatam possit allegare: neque enim in eo adversus contestationem suam aut etiam præter eam quidquam faciet; quia quandocumque objiciet solutionem et probabit, semper verum erit illud quod initio dixit, nihil scilicet eum debere. At qui per exceptionem liberatus est, puta pacti conventi, is si conveniatur de eadem re quam prius debuit, non licet ei in lite contestanda simpliciter dicere se nihil debere et omittere exceptionem: sed exceptionem contestari debet, si velit eam in judicium deduci, ut de ea postea cognoscatur: de quo amplius dicetur in usu exceptionis exercendæ, *L. siquidem, L. præscriptionem, C. de evicti.*

XXIII. In prioris actionis renovatione distant ista hoc modo. Nam perempta ipso jure actione, si prior creditor cum vetere debitore paciscatur ut sibi idem quod prius petere liceat, inutiliter paciscitur: actione autem per exceptionem perempta, si idem faciat, utilis est conventio. Sit exempli caussa, is cui furtum aut injuria facta est. Is, si paciscatur cum adversario ne cum eo furti aut injuriarum agat, ipso jure furti et injuriarum actio per pactum tollitur, *L. si tibi*, §. 1. *D. de pact.* Finge aliqua de caussa placuisse inter istos ut priori creditori de iisdem rebus iterum agere liceret. Hoc pacto nihil agitur. Nam ipsum quidem pactum per se actionem novam creditori parere non potuit. Vetat regula juris quæ efficit ex pacto nudo actionem nasci, *L. legem, C. de pact.* Proinde si per caussam hujus pacti agere vult, restat ei sola vetus actio, qua ope hujus parti fretus possit experiri. At hæc jam nulla est; efficiturque ex eo quod ipso jure sublata est. Nec quidquam ad actiones istas revocandas quidquam proficit pactio sequens. Nam furti actio ex furto, injuriarum ex injuria, neutra ex pacto nascitur; idemque valet in omnibus aliis actionibus jure ipso sublatis, quæ alias caussas habent quam pactum. Unde illud generaliter dictum, obligationem actionemve semel exstinctam restitui vel re-

(10) Add. *supra Lib.* 16. *Cap.* 1. *N.* 1. *et vid.* Hippol. Riminald. *ad L.* 27. §. 2. *de pact. n.* 222. *et seqq.*

(11) Immo et post sententiam vid. *infra d. C.* 7. *N.* 10. Quin et si judici aliunde ex actis constet, non objectam attendere et reum absolvere debet, vid. *infra Lib.* 24. *C.* 2. Veras autem exceptiones Judicem ex officio non supplere verius est, cum positæ sint in arbitrio litigantium, non judicantium. Cujac. *in Papin. ad l.* 14. *de Publ. in rem.* cumque LL. non opponi solum eas, sed et initio in lite contestanda in strictis judiciis requirent, ut *infra C.* 7. *N.* 6. Fac. *L.* 4. §. 8. *de damn. inf.* Et ita post plures citatos statuit Gilkeo. *de Præscript. P.* 1. *C.* 3. *n.* 3. et Zauger. *de Exc. P.* 3. *C. ult. n.* 6. *et seqq.* Tametsi sint qui velint exceptiones quoque non oppositas, si ex actis appareant, posse a judice suppleri, Bellon. 2. *Supput.* 10. *n.* 1. imo et debere, Wes. *ad Sneidwin. h. t. n.* 8. Quomodo et Bover. *Sing.* 52. *n.* 4. exceptionem probatam confessione actoris, etsi a reo non objectam, judicis officio attendendam, quia tunc actoris petitio notorie injusta. Sed hæc in bonæ fidei judiciis quibus insunt exceptiones, admitti possunt, vid. *infra C.* 7. *N.* 5. in aliis vix item. Quid quod nec exceptionem præscriptionis, quam tamen litis finitæ dicunt, ex actis apparentem suppleri vult Guido Papæ *Decis.* 221. etsi quoad hanc contra statuit Elector Sax. Augustus *Nov. ma* 25. *P.* 1. Et contra quoque Tribunal imperii supremum censuit Myns. 3. *Obs.* 28 et Meichsner. *Tomo* 3. *Decis. Cam.* 13. *n.* 65. Huc facit quod judex in facto tum supplere dicitur cum sibi constet ut judici, si caussa non requirat formalem petitionem. Caeberah. *Decis.* 1. *n.* 52. Confer Asin. *de Execut.* §. 3. *C.* 267. et Joan. Pyls. *Process. tit.* 35. *n.* 39. *et seqq.* cujus elegans distinctio judicii æquo forsan non repudianda. Hoc itaque interest; Solutio ipsa per se tollit civilem quoque obligationem, non autem allegatio solutionis perimit. Unde apparet errare qui exceptionem solutionis statuunt, quam peremptoriem vocant vid. *supra C.* 1. *N.* 4. Jusjurandum ac pactum per se quidem perimunt obligationem naturalem, *L.* 95. §. 4. *de sol.* quia æquum esse desiit præstari; at non per se tollunt obligationem civilem, nec ejus vires ac efficaciam infringunt. Illius nec mentio ulla requireretur in actis judicii, si modo judici eiusque ea nota esse non posset; caussæ vero ex quæ exceptionem pariunt non proponendæ solum, sed et rite, suo tempore, ac ordine judicii servato.

vocari non posse, *L. qui res*, §. *aream*, *D. de sol.* *L. Mævius*, §. *duorum*, *D. de leg.* 2. Sic fit ut, post liberationem quæ ipso jure contingit, omnis pactio de actione ejusdem rei renovanda sit inutilis. Contra sit is creditor cui ex mutui caussa aut ex stipulatu quid debeatur. Si is paciscatur cum debitore ne ab eo petat, manet nihilominus jure vetus actio, liberaturque debitor tantum per exceptionem, §. *præterea*, *Inst. de except.* Propone ergo eumdem creditorem postea pacisci ut sibi ab eo debitore petere liceat. Hæc jam pactio utilis est quæ, actione ipso jure prius sublata, esset inutilis. Non sane quia creditori contra superiorem regulam nascatur ex pacto actio magis quam ante: sed quia, post istam liberationem quæ per exceptionem contigerat, mansit adhuc vetus actio creditori qua jam propter pactum posterius utiliter potest experiri. Nam si actio exceptione prioris pacti removebitur a debitore, hæc exceptio posterioris pacti replicatione elidetur; ut sic hæc pacta duo certent inter se, sed novissimum vincat jure certo quo placet novissima pacta servari, *L. pacta novissima*, *C. de pact.* Hæc ad istam sententiam disseruntur a Paulo (12) in *L. si unius*, §. *pactus*, *D. de pact.*

XXIV. Quæ exceptiones peremptoriæ sunt, eædem dicuntur et sunt perpetuæ, *d. L.* 3. *D. de exc.* §. *appellantur*, *Inst. eod.* Quo verbo significatur peremptorias exceptiones non solum in solidum rem cui obstant perimere; sed perimere perpetuo, itaque ut obstent, non ad tempus, sed (13) perpetuo competere, ut declaratur in *d. L.* §. *appellantur*. Adeo autem verum est peremptoriam exceptionem ad hunc modum esse perpetuam, ut talis sit, quamvis nascatur ex ea caussa ex qua, si aliqua actio nata esset, actio esset temporalis. Exemplo est doli exceptio. Hæc ex dolo est; qua eadem ex caussa nascitur actio de dolo. Qualis autem hæc actio? temporalem esse constat, et quidem intra biennium continuum solum constitutam, *L. ult. C. de dolo*. Num ergo hujusmodi est doli exceptio? Immo et hanc, ut peremptoria exceptio est, ita et perpetuam esse placet, *L. pure*, §. *ult. D. de dol. mal. exc.* Finge quem deceptum alterius dolo quid amisisse. Si de eo nulla alia actio est, erit de dolo, qua solum intra biennium experiatur. Idem si ejusdem dolo deceptus quid promiserit; sicut habet exceptionem doli adversus actionem jure civili comparatam, *L. doli*, *C. de inutil. stip.* *Inst. de exc.* in princ. ita habebit perpetuam, idest eam qua uti possit intra triginta annos, atque adeo quandiu eum eo ex ea caussa summo jure agi potest. Hoc, inquam, Paulus in *d. L. pure*, §. *ult. de dol. exc.* Quæret ergo aliquis cur, cum hic actio de dolo et exceptio doli ex eadem caussa sint, dissimili tamen jure in tempore habeantur. Neque enim convenit in quibus caussis eadem ratio sit, in his diversum jus statui, *L. illud*, *D. ad leg. Aquil.* Explicat Paulus ibidem,

(12) Vid. *infra Lib.* 24. *C.* 2. *N.* 1.

(13) Quæ semper obstant, §. 8. *Inst.* *L.* 3. *D. h. t.* Et ita hæc appellatio a tempore, quo durat effectus per auctores citatos *supra N.* 1. et Bronch. 2. *misc.* 52. Non vero a tempore proponendi, quod quacunque judicii parte ante sententiam opponi possint, ut erronee DD. et Myns. *in d.* §. 8. *n.* 2. Hering. *de fidejus.* *C.* 28 *n.* 13. Nam et quædam dilatoriæ post litem contestatam imo et sententiam recipiuntur, Bronch. 2. *mis.* 52. vid. *infra C.* 8. *N.* 28. Nec etiam inde quod temporis lapsu non pereant, ut Hot. *ad d.* §. 8. et Donellus noster hic. Quod et refellitur exemplo exceptionum non numeratæ pecuniæ, vid. *infra N.* 15. et quia multæ etiam dilatoriæ eo sensu perpetuæ. Paucis. Perpetua quæ objecta efficit ne unquam posthac actio intentata noceat, cum eam plane interimat et cognitionem totius negocii tollat, *L.* 2. *C. de prec. Imp. off.* Temporalis, quæ etsi quandoque diu ante nata et quasi in habitu fuerit, non ideo spacio temporis extincta: objecta tamen non plane enervat, sed infringit actionem, ac ut Cujacii verbis utar, non interficit, sed vulnerat. Veluti. Etsi qui ante 32. annos bonis cessit non conveniatur, non minus exceptione ne ultra quam facere potest conveniatur, quæ dilatoria ut *infra C.* 8. *N.* 28. juvatur, nec ab ea præscriptione tricennali excluditur. Ast hæc exceptio non plene eum liberat, sed quousque ad pinguiorem fortunam pervenerit, quandocunque istud, brevi vel longo tempore post contingat. Alio itaque sensu perpetuæ hic, alio perpetuo competentes, in *L.* 5. §. *ult. de doli exc.* *L.* 8. *C. de non num. pec.* et perpetuæ in *L.* 5. *C. h. t.* Posterius hoc dilatoriis quoque convenit, iis scilicet quæ sui natura tempus certum non habent, ut sunt exceptiones pacti temporalis, moratoriæ etc. Et contra omnibus peremptoriis non convenit, ut *h. Cap. N.* 15. Certe temporales exceptiones non eo modo dici quo actiones palam est; his namque omnibus certum tempus jure definitum. Illæ pleræque quousque repellant, incertum tempus est. Veluti: Præscriptio fori quod judex competens non sit, removet actorem usque dum reum coram alio et suo judice convenit. Id num ac quando facturus sit in actoris arbitrio positum, non juris auctoritate tempus præfinitum est. Exceptio falsi procuratoris tuetur reum quousque ipse actor non venit aliumve legitimum mittit. Id quando futurum sit non apparet.

et differentiæ rationem hanc reddit: *quia actor quidem*, inquit, *in sua potestate habet quando utatur suo jure; is autem cum quo agitur non habet potestatem quando conveniatur*. Optima ratio: qua significat eum cui actio de dolo competit, posse intra tempus actioni præstitutum ea actione cum velit experiri. Proinde si non agat, de se queri debere. Eum autem qui habeat exceptionem, non habere in sua potestate quando ea exceptione utatur; hanc enim tunc solum opponi posse, cum reus convenitur ab actore; hujus autem conventionis potestatem penes actorem solum esse, penes reum non esse. Neque vero æquum esse nocere reo quod exceptione usus non est, qui etiam si vellet, ea uti non potuit. Nam ut idem alibi scribit: quid potest imputari ei non facienti quid, qui facere id etiam si vellet, non potuit? *L. cum quidam*, §. (14) *si pupillo*, *D. de usur*. Quæ ratio usque adeo æqua esse visa est, ut translata sit etiam ad actiones, placeatque actionem quidem quæ constituta sit intra certum tempus, unquam cedere ei qui ea non potuit, etiam si vellet, experiri, *L. 1. in fin. C. de anna. exc.* Quod si in actionibus ipsis recipitur, multo magis valere debuit in exceptionibus; quippe quæ reorum caussa comparatæ sunt: semper autem favorabiliores rei quam actores, *L. favorabiliores*, *D. de reg. jur.*

XXV. Sciendum tamen ex omnibus peremptoriis unam esse quæ ita sit peremptoria, ut non sit perpetua nisi sub conditione. Ea est (15) exceptio pecuniæ non numeratæ. Hanc inter peremptorias numerari constat in §. 1. *Instit. de exc.* Et est omnino hujusmodi; opposita enim suo tempore sic agenti nocet, ut actio in totum perimatur. Non est tamen proposita nisi intra certum tempus: olim quidem intra quinquennium, hodie intra biennium duntaxat, *Inst. de lit. oblig.* Sed et hoc ita, si debitor intra id biennium questus non sit de pecunia sibi non numerata. Quod si que-

(14) Recte: add. *tex. L. 5. C. h. titul.* ubi Donellus; et alias actor eludere posset reum non agendo, donec tempus exceptionis laberetur. Sarmient. 2. *Select. interpret.* 2. *n.* 8, Coler. *Cons.* 44. *n.* 20. *et seq.* Costal. *ad L.* 8. §. 13. *de inoff.* Gomez. 1. *Var. Resol.* 11. *n.* 20. Unde nec 30. aut 100. annis exstingui post Baldum recte Wes. *Par. D. h. t. n.* 12. et Cels. Bargal. *Lib.* 4. *de dolo C.* 2. *n.* 89. docens perpetuam dici *d.* §. *ult.* non eo sensu quo actiones perpetuæ, sed juxta naturalem vim verbi, ut lacus perpetuus *L.* 1. § *læsus* 3. *ut in flum. publ.* morbus perpetuus *L. pen. de vacat. mun. et simil.* Quin nec si ad mille annos quis agere cessasset, minus obstare has exceptiones scribit Dambuder. *praxi civ. C.* 136. *n.* 2. Quippe præscriptiones proditæ in odium et coercitionem negligentium. Quæ ratio in exceptionibus regulariter cessat, quas exercendi facultas non est ante actiones, Bus. *t. Subtil.* 1. Bargal. *Lib.* 4. *de dolo C.* 2. *n.* 87. *et* 89. *et Lib.* 6. *reg.* 10. *n.* 14.

(15) Male. Geminus error. Nam 1.° Exceptio quoque non numeratæ pecuniæ vere perpetua est eo sensu quo peremptoriæ omnes ita nominantur, exposito *supra N.* 13. Neque ullibi hæc excipi jure legitur. Et dicitur perpetua quia peremptoria, ac vicissim, ut eo ipso quod perpetua esse negatur, peremptoriarum censu eximi eam oporteat. 2.° Alio autem sensu non hæc unica temporalis, sed plures. Nam regulæ *n.* 24. propositæ tunc solum locus quando quis jus suum in judicio agendo proponere nequit. Secus quando ejusmodi exceptio quæ intra certum tempus lege præfinitum in modum actionis proponi potest. Quippe et legitimo actionis tempore præscribitur, cum sit quod negligentiæ imputetur, proinde ratio *d.* §. *ult.* expressa cessat. Wesenb. *ad Snedvin. Inst. h. t. n.* 3. *per L.* 30. § *pen. et ult. de pecul. et post plures citatos Par. D. h. t. n.* 12. Gomez 1. *Var. Resol.* 11. *n.* 20. Veluti exceptio querelæ inofficiosi *L.* 8. §. 13. *de inoff.* ubi Costal. minoris ætatis vid. *supra Lib.* 21. *C.* 10. *N.* 20. Sic et exceptio spolii cum loco actionis conceditur eodem tempore quo actio vel interdictum definiri; secus vero quando proprie per modum exceptionis deducitur docet Menoc. *Recup. poss. remed. L.* 1. *n.* 451. *et seqq.* Enimvero ne facultas probandi exceptionem intercidat reo, potest is curare ut testes examinentur ad perpetuam memoriam Myns. 4. *Obs.* 72. Hartm. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 15. *n.* 1. Otho Meland. *Comm. Cameral. P.* 1. *n.* 50. Qua de quæpiam, si commodum erit, subnotabo *infra Lib.* 25. Quin immo si dolose actionem extrahat actor, ut probatio exceptionum interim pereat, posse aditi judicem statuunt, ejusque officio implorato peti ut actori certum tempus intra quod experiatur præfiniat, declaretve exceptionem imploranti competere; proinde liberum ab actione esse et silentium adversario imponat. Ita enim post alios Wesenb. *ad Snedvin. Inst. h. t. n.* 9. Blacer. *in L. diffamari Cap.* 6. *n.* 81. Contard. *ibid. Cap.* 3. *n.* 108. *et n.* 117. *ac* Cagnol. *in d. L. n.* 5. Jo. Bapt. Asin. *de Exsecut.* §. 6. *Cap.* 36. Mynsing. 4. *Obs.* 73. *n.* 7. *et* 8. veriorem ac communiorem opin. vocans, et Menoch. *adipisc. poss. remed.* 4. *n.* 360. Hart. Pist. *Lib.* 4. *Quæst.* 15. *n.* 2. *per L. si pater*, 3. *C. Qui bon. ced.* Et hoc jure utimur. Quod num rationi juris congruum sit non definio. Confer *Supra Lib.* 20. *Cap.* 4. *N.* 1. add. Jac. Schultz. *Obs. forens.* 33.

relam de ea re adversus creditorem intulerit, jam hac conditione incipit exceptio fieri perpetua, ut deinceps debitori heredive ejus perpetuo competat, *L. si intra, C. de non num. pec.*

## CAP. III.

Qui exceptionem peremptoriam jure constitutam habeant, ut ea pro suo jure recte uti possint, cum opus est: seu, quibus, adversus quos, qua de re quævis exceptio peremptoria competat.

*Transitio, methodus, et divisio.* I.
*Communia exceptionum quæ sint; et quæ item propria.* II.
*Commune illud: ut exceptio caussæ cohæreat aut ex parte aut in totum.* III.
Ex parte *Macedoniani, et Vellejani exceptio; et minorum restitutio: et quare.* IV.
In totum *alia peremptoria omnis exceptio, ideo et competit heredibus debitoris principalis.* V.
*Et successoribus singularibus.* VI.
*Item fidejussoribus, ni donandi animo fidejusserint, (quid in restitutione minorum singulare.)* VII.
*Item aliis omnibus rei principalis accessionibus: quæ sint ejusmodi.* VIII.
*Ideo et competit adversus actorem, ejusve heredes, et successores singulares.* IX.
*Propria exceptionum habere alias facilem, difficilem alias explicatum: quæ sint utriusque generis.* X.
Priorum *quare facilis et expedita ratio: inductione hoc explicatur.* XI.
Posteriorum *explicatu facilis præscriptio temporalis.* XII.
*Quatuor reliquæ secus, et quare.* XIII.
*Aditus ad* seqq. *Capita: propria quæ sit istarum tractationum sedes.* XIV.

I. Cognitis exceptionibus iis quæ peremptoriæ habentur, tum quid valeant in universum ad actionem penitus excludendam; tertia ac proxima reo deliberatio est, ut dispiciat de jure suo in una aliqua ex his usurpanda, idest videat num quanam jure suo uti possit, sciens quæcumque illa erit, pariter adversus actionem se tutum futurum. Sic autem una aliqua uti poterit jure, si eam jure sibi constitutam habebit, ut ea pro sua utatur, cum usus exiget. Jam vero ut ita constitutam habeat, in his positum est, si habeat sibi, si adversus eum adversus quem utitur, si de ea re de qua agitur. Nam qui aut exceptionem jure sibi tributam omnino non habet, aut habet quidem sed non adversus eum qui agit, aut adversus eum quidem, sed non de ea re de qua nunc agitur: eum certum est exceptionem in eo de quo quæritur non habere. Ita cum de jure habendæ et usurpandæ exceptionis quæritur, res omnis huc redit in summa, ut quærendum sit quibus, adversus quos, qua de re exceptio quævis peremptoria competat. Quæ omnia in quo recte concurrent, is exceptionem habebit qua recte et pro jure suo utatur: cui eorum quid deerit, is non habebit. De his ut quam facillime et citissime præcipi possit, animadvertendum est de supra scriptis rebus quædam esse communia omnium exceptionum peremptoriarum, quædam singularum propria.

II. Communia sunt maxime quæ pertinent ad personas eorum quibus et adversus quos per consequentiam exceptio peremptoria competit. Propria, quæ pertinent ad personas eorum quibus et adversus quos ab initio principaliter exceptio quæritur, item et ad rem quamque de qua exceptio comparata est: quamquam et de his ipsis in quibusdam exceptionibus communia quædam sunt ad quæ præceptio revocetur. Recte igitur fiet atque ordine, si de communibus semel et in commune dicamus; propria quæ erunt, his ut res postulat proprium tractatum quod satis sit, tribuamus.

III. Communia omnium hæc sunt. Jam primum omnis peremptoria exceptio caussæ cohæret, ut indicatur in *L. 7. D. de exc.* Quippe cohæret aut in totum, aut ex parte.

IV. Et ex parte quidem caussæ cohærent tres; ex jure communi duæ, Macedoniani et Vellejani; extraordinario jure una, nempe ea (1) quæ minoribus per in integrum restitutionem contingit. Sunt enim hæ om-

(1) Quæ tamen non mere realia sed mixta vid. *supra Lib.* 21. *C. ult. n.* 10. *N.* 8.

nes ejusmodi quæ personæ quidem certæ tribuantur; sed ita personæ, ut nihilominus sint et caussæ. Macedoniani exceptio tribuitur quidem solis filiisfamilias, sed non in omnibus caussis, ne quis solius hujus personæ caussa tributam putet, ac propterea solius esse personæ; verum in pecunia solum credita, ut sic hæc quoque caussa locum faciat exceptioni. Sic exceptio Vellejani solis mulieribus data est; sed et hæc non in omnibus caussis, verum in hac solum, cum pro alio intercesserunt. Eademque conditio est exceptionis ejus quæ beneficio ætatis minoribus competit. Nam hæc, ut alia restitutio omnis minorum, sic datur minoribus non simpliciter si minores sint, sed si infirmitate ætatis inciderint in captionem, *L. quod si minor.* §. 1. *L. non omnia. D. de minor.*

V. Cæteræ omnes, ut ex earum caussis licet animadvertere, per omnia caussæ sunt non personæ. Hinc ergo illa communia omnium harum exceptionum, de iis quibus et adversus quos per consequentiam illæ competunt. Sic enim fit ut quæcumque exceptiones peremptoriæ alicui primo competere cœperunt, eæ ab hujus persona ductæ ad eos quoque transeant ad quos eadem obligatio pertinet: heredes dico principalis debitoris et successores omnes, item ejus fidejussores omnesque alias ejusdem obligationis accessiones; quibus proinde omnibus eædem exceptiones competunt. Primum omnis exceptio peremptoria competit heredibus: quod de exceptione non numeratæ pecuniæ traditum in *L. si intra, C. de non nu. pec.* sub uno exemplo pertinet ad omnes ejusdem generis. Unde ergo ductum? nempe hoc efficit natura superior harum exceptionum cum conditione juris hereditarii conjuncta. Sic enim est conditio hereditatis, ut quemadmodum hæc, sic per hanc heres succedat in jus omne defuncti, *L. hereditas. D. de reg. jur. L. heres in omne, D. de acq. her.* tantum ne sit jus personale: quod ejusmodi est ut, quia personæ cohæret, etiam cum ea exstinguatur, *L. maritum. L. quia. D. sol. mat.* At illud jam posuimus, actiones peremptorias quæ constat esse defuncti jura, caussæ cohærere. Ita et in has exceptiones necesse est heredem succedere.

VI. Nec tamen minus hoc jus ad eos (2) qui in rem succedunt, pertinet. Ut, si quæ exceptiones venditori competunt tuendi fundi caussa, fundo vendito etiam emptorem sequentur, ut is de proprietate rei conventus uti possit non solum propriis sed etiam venditoris defensionibus. *L. emptori, C. de exc. L. si tibi. §. pactum. D. de pact.* Merito: sic enim venditor emptori fundum tradit, ut jus omne quod fundi tenendi caussa habuit in emptorem transferat, *L. ex empto, in pr. D. de act. em.* Quo numero sunt exceptiones eo nomine comparatæ. Igitur et has una cum reliquo jure transferet. Quidni vero transferat exceptiones suas quas fundi caussa habet, cum, quod plus est, transferat quam habet de eadem re actionem? Neque enim ignota est regula juris, cui damus actionem dicendum esse ei (3) multo magis exceptionem competere, *L. invitus, §. 1. D. de reg. jur.* quo significatur, ut hæc facilius competit, ita et eam translata actione facilius de eadem re transferri, si modo exceptio caussæ cohæserit non personæ; cujus generis esse diximus exceptiones peremptorias. Ut hæ exceptiones heredibus et successoribus omnibus ista de caussa competunt, ita competunt et fidejussoribus, omnibusque aliis principalis obligationis accessionibus.

VII. De fidejussoribus generaliter traditum in *L. exceptiones. 7. D. de exc.* nominatim adjecta hac caussa, quod caussæ cohæreant. Id exigebat conditio obligationis fidejussoriæ. Nam cum hæc sit tantum accessio principalis obligationis, nec plus in accessione esse possit quam in principali obligatione, *§. fidejussores, Inst. de fid.* necesse est fieri id quod generaliter definitur in *L. ex persona, D. de fid.* (4) exceptionem et omnia rei commoda quæ obligationem minuunt, fidejussori competere etiam invito reo: idem in *L. omnes, D. de exc.* Sane si quis fidejusserit (5) do-

(1) Vid. Bover. *Sing.* 52. *n.* 27. Sed et defensori eadem exceptio quæ defenso, *L.* 35 §. 3. *L.* 51. §. 1. *de Procur.* de quo vid. Anton. Fab. *Cod. suo hoc tit. defin.* 4.

(3) Vid. *supra h. Lib. C.* 1. §. 8. vers. *plane latior.* Confer. Anton. *Pract.* §. 4. *C.* 9. Sed hæc ita si utraque ad idem tendat ejusdemque ratione prodita. Nam possessorio recuperandæ possessionis conventus se tuetur exceptione dominii, etsi ipse actionem seu rei vindicationem habeat. Sich. ad *L.* 5. *Cod. de pact. n.* 11. *et seqq.* P. Fab. ad *d. L.* 156 §. 1. Nec interdicto Quod legatorum conventus, etsi actionem ex testamento aliamve habeat. Zang. *de Exc. P.* 3. *Cap.* 13. *n.* 29.

(4) Et quia quod a fidejussore petitur ab ipsoque debitore peti videtur, qui mandati judicio redditurus est quod is solverit §. *ult. I. de replic.*

(5) Et nisi pro invito ac vetante fidejusserint. Quia enim hic mandati actione non habent regressum, *L.* 6. §. 2. *L.* 40. *Mand.* nihil interest debitoris eo liberari. Briss. *Lib.* 3. *de solut. pag.* 438. De exceptionibus rei

nandi animo, idest ne quod solverit à debitore repetat; placet ei exceptionem reo competentem non dari. quæ modo non ex turpi facto actoris nascatur, ut pacti conventi et similes. *L. quod dictum, D. de pac.* Et certe qui ita fidejussit dici potest non esse accessio principalis obligationis, cum tanquam suo nomine obligari voluerit: dici etiam potest isto animo videri commodis rei renuntiasse, certe his uti nolle. Ut absit hic animus donandi, tamen placuit unam speciem exceptionis fidejussori non dari. Ea exceptio est quæ auxilio extraordinario ætatis per in integrum restitutionem minoribus competit, ob id quod minor deceptus sit solum in re sine dolo adversarii. *d. L. 7.* in fin. *de exc. L. in caussæ. 13. D. de min.* cujus rei rationem reddidi in restitutionibus minorum in extremo.

VIII. Quæ fidejussorum caussa est, eadem et cæterarum accessionum: ideo et his eædem exceptiones dabuntur, *d. L. ex persona, de fid.* quo in numero sunt mandatores et ejusdem pecuniæ constitutæ rei. *L. ult. C. de const. pec.* Ergo et si qua exceptio filiofamilias suo nomine quæsita erit, eadem proderit et patri, si cœperit pater ex ea caussa conveniri vel de peculio, vel in rem verso. *L. acquirent* et *L. seq. D. de pact.* Nam et hic patris persona principalis ejus obligationis qua filius tenebatur, accessio est.

IX. Eadem illa ratione qua placet exceptiones peremptorias caussæ cohærere, vice versa et hoc adversus actorem efficitur, ut quæcumque adversus aliquem competunt, eædem competant et adversus ejus heredes omnesque alios successores etiam qui singulari jure in eamdem actionem successerint. De heredibus adversus quos competant, traditum sub exemplo exceptionis non numeratæ pecuniæ in *L. si intra, C. de non. num. pec.* Nec aliud pro natura hereditatis responderi potuit in his quæ personæ non cohærent. Heres enim hereditatis jure non in commoda tantum defuncti succedit, sed etiam in onera et incommoda omnia non personalia, *L. 1. 2. 3. D de bon. poss.* Ac sunt in hoc numero exceptiones peremptoriæ, quibus defunctus removebatur. Huc pertinet regula juris, qui in jus dominiumve alterius succedit, eodem eum jure uti debere, *L. qui in jus. D. de reg. jur.* Neque minus tamen hoc idem jus (6) ad singularum rerum successores pertinet; efficiturque aperte verbis superioris regulæ, quibus jubetur eodem jure uti, etiam qui in dominium alterius succedit, idest qui rem dominii jure ab alio accipit. Finge eum qui rem vindicabat a Titio pactum esse ne de ea re amplius ageret; aut agentem cum Titio judicio superatum esse. Si eam rem vendiderit postea alii, emptor eam rursum vindicans a Titio iisdem exceptionibus removebitur; ut sic in utramque partem eodem jure auctoris utatur, *L. exceptio, D. de exc. rei jud.* Sunt ergo hæc de supra scriptis rebus de quibus quærimus, omnium exceptionum peremptoriarum communia.

X. Propria harum exceptionum quæ sunt in his ipsis rebus, pertinentia scilicet ad principales personas quibus et adversus quas primo hæ exceptiones competere incipiant, itemque ad res ipsas et caussas quæ in has exceptiones deducuntur, et ipsa pro genere exceptionis alias faciliorem, alias difficiliorem explicationem habent. Exceptionum peremptoriarum genera duo esse dicimus. Unum earum quæ statim ab initio nascuntur inter contrahentes in re gerenda; cujus generis hæ fere sunt, exceptio metus, doli, erroris, non numeratæ pecuniæ, Macedoniani in pecunia filiofamilias credita, Vellejani in intercessionibus mulierum. Alterum earum quæ, re ab initio recte gesta, ex facto aliquo postea interveniente nascuntur; cujus generis præcipue hæ quinque, pacti conventi, jurisjurandi, rei judicatæ, doli mali post-secuti, et præscriptio temporalis.

XI. Prioris generis facilis et expedita ratio est in iis tribus quæ nunc quærimus. Continentur enim omnia una prope notione et præceptione communi, ad quam cum singulæ revocatæ fuerint, de omnibus facile poterit judicari. Animadverti enim debet omnes exceptiones hujus generis nasci tantum inter eos inter quos res geritur, et nasci ex horum ipsorum facto, seu ex caussa quæ ab ipsis solis proficiscitur, reo eam caussam in se patiente, adversario eam caussam inferente aut confirmante, et id de re quæ inter

quæ fidejussoribus accommodantur vel non, vid. citatos *supra Lib. 16. Cap. ult. tit. I.* add. Zoëg. *P. 2. C. ult. n. 316. et seqq.* Plane exceptio cessionis fidejussori non datur, quia in hoc acceptus est ut debitore bonis lapso debitum consequamur, *§. ult. in fin. Inst. de except.* Cujac. 19 *Observ. 9 et in not. ad L. 7. hoc tit.* Sed ea exceptio peremptoria non est, vid. *infra C. 8. N. 20.* proinde nec hujus loci.

(6) Exceptio quæ cedenti obstat quando et cessionario, vid. laudatos *supra Lib. 15. t. 4. N. 14.* add. Menier. de Cueva *Decis. Arag. 25.* Anton Fab. *C. suo h. tit. defin. 24.* Cels. Bargal. *Lib. 4. de Dolo Cap. 2. n. 29 et seqq.*

ipsos geritur. Quapropter facile est intelligi in eo de quo quæritur, sic de omnibus in universum definiri posse, competere has omnes exceptiones ei qui eam caussam in se habet et patitur, propter quam exceptio comparata est; dari adversus eum, qui in re gerenda eam caussam ad contrahendum intulit, aut consensu suo confirmavit; et dari de re ob eam caussam contracta. Quam notionem si ad singulas species sigillatim accommodare volemus, tum facile in omnibus congruere, ac proinde veram et expeditam esse reperiemus. Res igitur sic habet, ut metus exceptio competat reo metum passo, adversus eum qui in re gerenda metum intulit, de re metu contracta. Exceptio doli ei qui dolo alieno captus est, adversus eum qui dolum adhibuit, de re dolo male gesta. Erroris exceptio ei qui errore suo falsus promisit quod non debebat, adversus eum qui in contractu eundem errorem secutus id ipsum stipulando sibi cavit, de re eo errore cauta. Exceptio non numeratæ pecuniæ ei qui spe futuræ numerationis ductus cavit se pecuniam accepisse quam nec postea accepit, adversus eum qui ea spe debitoris usus cautionem in se emitti passus est, de ea ipsa pecunia non numerata. Macedoniani et Vellejani exceptiones se ipsæ ostendunt, quibus adversus quos, et qua de re competant. Nam Macedoniani exceptio cum locum habeat in pecunia filiofamilias credita, apparet principaliter competere eam filiofamilias cui mutuo pecunia data est, adversus eum qui credidit, de ea ipsa pecunia credita. Similiter cum exceptio Vellejani prodita sit adversus mulierum intercessiones, apparet hic quoque hanc exceptionem mulieri dari quæ intercessit, adversus eos creditores apud quos pro alio intercessit, de ea ipsa re pro qua intercessit. Adde jam superioribus communia illa de principalium istarum personarum heredibus, fidejussoribus, cæterisque accessionibus, quæ supra posuimus: tum plane hunc locum de hujus generis exceptionibus impleveris, ut constet omni ex parte quibus et adversus quos, cum principaliter tum per consequentiam, item quibus de rebus competant. Solum caussæ singularum cognoscendæ sunt: quarum explicatio unde sumenda esset, initio superioris capitis diximus.

XII. Ex posteriore genere postrema species exceptionis, quam præscriptionem temporalem usitato verbo vocamus, tota per se patet. Nam si præscriptio temporalis quæretur adversus actionem in personam, perspicuum est hanc exceptionem debitori dari adversus creditorem qui intra tempus constitutum non egit; dari autem de re quæ ea actione et obligatione continebatur. Sin quæritur exceptio adversus actionem in rem: apparet hanc possessori dari qui per constitutum tempus rem possedit, adversus eum qui rem vindicet, de re ipsa possessa quæ vindicatur.

XIII. Solæ restant ex hoc genere quatuor quæ vocentur in disquisitionem ampliorem, pacti conventi, jurisjurandi, rei judicatæ, doli post secuti; de quibus ideo paulo difficilior explicatio est, quia in his non similiter ut in superioribus quidquam in commune præcipi potest quod ad principales personas et res earum exceptionum proprias pertinet, sed singulæ proprium quemdam tractatum desiderant. Id autem ex eo accidit, quod prioris generis exceptiones omnes, ut diximus, nascuntur statim inter eos ipsos qui quid inter se gerunt, et ex solo ipsorum facto: ut hic de aliorum factis quæri non oporteat, quæ vel debitori prosint ad exceptionem illi acquirendam, vel adversario noceant ad eum exceptione onerandum. At in his quatuor quas modo diximus, contra evenit ut, cum nascantur ex facto post secuto, non solum nascuntur cuique aut adversus quemque ex ipsorum facto, sed etiam interdum ex alieno eorum qui in eo vel prodesse debitori potuerunt, vel nocere creditori. Unde quæstio nova in singulis inducitur, quinam ii sint. Sed et res ipsæ in singulis variæ, quæ nec una notione communi continentur.

XIV. Quamobrem de singulis separatim dicemus quod necesse sit ad intelligendum quibus, adversos quos, qua de re competant. Exceptio pacti conventi propria est *tituli de pactis, D.* exceptio jurisjurandi propria *tit. de jurejurando, D.* ubi et hæ species explicantur. De reliquis duabus sui sunt proprii et separati tituli D. nempe hi, *De exceptione rei judicatæ,* et *De doli mali et metus exceptione.*

## CAP. IV.

De pacti conventi exceptione, item jurisjurandi, quibus hæ, adversus quos, qua de re competant.



I. Pacti conventi exceptio est ex pacto quo convenit ne (1) quid peteretur aut a debitore in actionibus in personam quibus tenebatur, aut a possessore in iis quæ ab

(1) Quidam discrimen constituunt inter pactum de non petendo quod impediat etiam extrajudicialem petitionem ac receptionem solutionis, et de non agendo quod tantum judicialem ac litis contestationem. Sed eos refellit Bellon. 2. *Supput.* 9. et Hippol. Riminald. ad *L.* 27. §. 2. *hoc tit. de pact. n.* 197. *et seqq.* tum quia agens et petitor confunduntur §. 33. *I. de act. et simil.* tum quia hæc ipsa promiscue sumuntur, pactum ne peteretur §. 9 et ne ageretur §. 10. *Inst. de except. etc.* Cæterum hæc exceptio est sive re sive verbis conventum sit *L.* 1. §. 3. sive expresse sive tacite consensum *L.* 2. §. 1. *L.* 4. *pr. h. t.* Unde divisio pactorum ab adjuncto ut Val. Guil Forst. *Tr. de Pact. C.* 4. *membr.* 5. vel a qualitate caussæ efficientis, ut Aug. Matthæac. *Lib.* 1. *de via et rat. jur. C.* 6. *n.* 41. Quæ alia expressa quæ verbis fiunt, *d. L.* 1. §. 3. sive coram tractatu habito, sive inter absentes per epistolam aut nuncium *L.* 2. *pr. h. t.* ubi Cujac. Alia tacita quæ sine verbis, ubi re convenire dicitur *d. L.* 2. *pr.* ut recte Duar. *ibid.* ea verba exponit, Don. *supra Lib.* 12. *C.* 10. *n.* 18. Connan. 5 *Comm.* 4. *n.* 1. at contra Cujacium in *d. L.* 2. *pr.* satis firmat Forst. *d. Membr.* 2. in priori scilicet specie, aut tacite consensu actum in posteriore. Neque in his tacitis pactis semper præsumpta voluntas, ut For. *d. loc.* Fortun. Garcia *ad L.* 1. *hoc tit. n.* 58. Reiner. Bachov. *misc dispu. C.* 11. sed duplicia sunt. Alia verum habent consensum facto declaratum *L.* 5. *Rat. rem hab.* tacitum sane, sed quatenus non aperto, sed expresso opponitur; confer *supra Lib.* 14. *C.* 16. *N.* 3. ubi id quod gestum est, sine eo quod ita pactum intelligitur, inutile et frustraneum foret. Don. ad *L.* 2. *C. hoc tit. n.* 9. Exempla insigniora duo videntur. Unum: Reddita cautione vel chirographo *L.* 2. §. 1. *h. t.* etiam ab alio quam creditore, ejus tamen jussu *L.* 7. *C. de remiss. pign. L.* 3. §. 1. *de lib. leg.* Fac. *L.* 1. §. *ult. de lib. leg. L.* 45. §. 6. *de leg.* 1. *L.* 59. *de leg.* 3. Ratio: non quod chirographo principalis obligationis auctoritas contineatur, ut male Cujac. *in d.* §. 1. notatus ab Hot. 7. *Obs.* 9. *et ad L.* 3. *h. tit.* Ita enim, amisso chirographo periret obligatio contra *L.* 1. *Cod. de fi. instr.* Et imo est tantum testimonium obligationis contractæ *d. L.* 59. *L.* 4. *de fide instr.* vid. *infra Lib* 25. *C.* 8. Nec quod pro soluto debitum habeat qui, reddito chirographo, facultatem probandi et fundandi petitionem sibi adimit, ut A Fab. *ad d.* §. 1. et Bach. *d. Cap.* 11. post Fortun. Garciam *ibid. n.* 2. Nam imo potest aliquando, eo amisso, alia probatio per testes etc. suppetere, vid. *infra Lib.* 25. *C.* 8 Nec quod ex hac redditione debitum solutum esse præsumatur, ut post Ruin. Menoch. 3. *Præsump.* 140. *n.* 4. Id enim naturæ hujus pacti liberatorii et liberalitati repugnat. Eaque ratione probatio contraria reciperetur, non ea solum qua qui reddidit negaret se ita sensisse (quam admitti non inficior per *L.* 3. *h. t.*) sed et ea qua sibi solutum non esse convinceret, quod sententia *d. L.* 2. §. 1. non admittit; sed quia nullus cautionis usus esse potest debitori, nisi liberatio. Nec si non elusoria redditio, alia suscipio causi quam remissæ sortis. Duar. ad *d. L.* 2. Hot. ad *d. L.* 3. *et d. Cap.* 9. Brouch. 1. *Ass.* 38. Langlæ. 4. *Semestr.* 7. ubi et alias, re aliqua red-

eo vindicari potuerunt. Quæ de debitore et creditore inter se paciscentibus hic dicta erunt, eadem de possessore et petitore inter quos eadem pactio intervenit intelligemus.

dita vel tradita, redditum traditumve videri cujus ea signum et symbolum erat, ostendit per *L.* 1. *C. de don. L.* 2. *C. quæ res pig. et simil.* Hinc, et cautione pignoris reddita reddive jussa, jus pignoris remissum *L.* 7. *Cod. de remiss. pig.* Non autem jus crediti, ne quidem ipso pignore reddito, *L.* 3 *h. t.* Non tantum quia accessionis sublatio de principali obligatione nihil quidquam mutat, ut A. Fab. ad *d. L.* 3. Nicol. Valla *de Reb. Dub. tract.* 1. *n.* 16. Cujac. ad *d. L.* 2. §. 1. Connan. 5. *Comm.* 4 *n.* 2. et Menoch. *de Præs.* 140. *n.* 27. *in fin.* qui male hinc differentiæ rationem petunt, quasi chirographo jus ipsum creditoris contineatur, proinde eo reddito abdicatum sit; quod jam convellimus: sed et potissimum quia redditi pignoris multiplices alii usus: ad utendum, vendendum, alteri pignorandum Hot, *dd. locis* add. Garcia ad *d. L.* 2. §. 1. *n.* 3. proinde alia quam donationis conjectura capi potest et debet. Confer Langlæ. *d. C.* 7. Add Hott. *dd. locis*, quod re contracta obligatio pignoris, re quoque, id est retraditione solvatur, *L.* 35. *de R. J.* Principalis vero obligatio alia re, ex. gr. pecunia credita, contracta, alia etiam re, id est solutione vel quæ ejus vice dissolvenda. Unde et crebriore calculo proditum est, ubi cautionis redditæ alia caussa afferri potest, aliave inde debitori utilitas, eum tacito pacto liberatum non haberi, nisi ex verbis reddentis aliisve indiciis animus liberalis ejusdem appareat, vid Langlæ. *d. C.* 7. Menoch. *de Præs.* 140. *n.* 19. *et n.* 23. Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 19. *p.* 2. *n.* 31. Neque infringit illam rationem objectio Cujacii, quod certior probatio solutæ sortis ex apocha. Nam resp. 1.° Neque hæc redditio nobis dicitur probatio soluti debiti, sed pacti de non petendo, animo donandi. 2.° Major probatio apochæ ideo, quia eam haberi a creditore ipsa scriptura patefit. Hic autem non satis est chirographum esse in manu debitoris, sed et quod a creditore acceperit probandum, vid. *infra Lib.* 25. *C.* 7. Dubia hic incidunt. 1.° Cautione plurium debendi reorum uni reddita, an omnes pacto liberati? Resp. Solus qui accepit, cum nec pactum expressum, alii quam cum quo convenit, ad exceptionem prodesse queat. Bachov. *d. C.* 11. Nec dicendum actionem in alios correos huic una cessam videri, quia cum hic satis operetur redditio liberando debitorem pro ea parte, donationis majoris conjectura non sumenda facile, nisi conjecturæ firmiores concurrant, vid. Duar. ad *d. L.* 2. Garcia *ad d.* §. 1. *n.* 4. Menoch. *d. Præs.* 140. *n.* 6. 2.° Quid si ejusdem crediti plures syngraphas detinens unam redhibeat? Post alios Menoch. *d. loc. n.* 8. hic quoque pactum inducit. Contra Garcia *d. loc. n.* 7. Duar. ad *L.* 2. Bachov. *d. C.* 11. *per L. ult. D. de his quæ in test. del.* Putarem de eo ex rerum varietate varie statuendum, spectandumve num caussæ aliæ redditionis probabiles reddi possint nec ne, veluti si debitor exploratam debiti quantitatem non habeat etc. Alterum: Acceptis in futurum usuris, *L.* 57. *pr. h. t. L.* 2. §. *pen. de doli exc.* quia alias nullo jure haberentur, cum citra sortem deberi nequeant, Don. *ad L.* 2. *C. h. t. n.* 12. Ant. Fab. *in d. L.* 57. Simile exemplum, in *L.* 2. *C. hoc tit.* extare putat Donell. *ibid. n.* 5. *ut et in L.* 27. §. *pen. hoc. tit.* Exemplum aliud apertius in *L.* 36. *h. t.* Plura exempla *infra C.* 6. *n.* 12. Alia fictum et legis dispositione intellectum, ubi tacitum significat præsumptum et opponitur aperte. Confer *supra Lib.* 4. *Cap.* 16. *N.* 3. Exemplum insignius in *L.* 4. *pr. h. tit. junctis notatis supr. d. N.* 3. Et huc malim referre speciem *L.* 2. *Codic. hoc titul.* Hujusmodi pactum improprium nuncupat Sichar. *ad rub. C. hoc tit. n.* 19 cujus exemplum tradit in eo quod L. disponit ut tacens, quando ejus utilitas vertitur, consentire censeatur. Et de hoc accipio ego in *L.* 2. *pr. hoc tit.* vers. *sed etiam.* Vis enim voculæ adversativæ *sed* aliam speciem quam quæ prius verbis illis *vel re* expressa est, subjici arguit. Et facit vocula *intelligitur*, quo fictio juris et præsumptio notatur. In prioribus autem exemplis, maxime *l.* 57. *pr. h. t.* etsi non verbis testata, clara tamen voluntas, fictionis legum nullius indiga. Tacitæ quoque conventionis speciem puto in contractibus mutuæ præstationis; ubi si, antequam res utrinque intercessit, uni acceptum fecit alter, perinde habetur ac si convenisset ut neuter ab altero peteret, *L.* 5. *pr. de resc. vend. L. ul. D. de accep.* Sed obst. *L.* 56. *h. t.* A. Fab. *ibid.* Res. *in dd. LL.* contractus naturam non pati ut, resoluto contractu ex una parte per acceptilationem, alter obligatus maneat *L.* 11. §. *ult. L.* 50. *de act. em. L.* 9. *C. de pact. int. empt.* Aliam rationem esse pacti *d. L.* 56. quia id non resolvat contractum nec distrahat sed confirmet, cum exceptio præsupponat actionem. Male. Nam *d. L.* 5. aperte dicit acceptilationem in hoc caussa, nempe quoad alterum cui accepto latum nominatim non est, non sua natura sed potestate conventionis valere. Et refellit istud *L.* 27. §. *pen. h. t.* Rectius *d. L.* 56. accipiemus, ubi non hoc agit dominus ut a toto locationis contractu pro sua parte abeat, ubi necesse foret ab altera quoque abire: sed, rato manente contractu, præstationis forte partem aliquam remittit, idque justa ex caussa, forsan ob sterilitatem vel ob merita coloni, aliave ratione inductus. Neque hoc quæritur *d. L.* 56. an nihilominus colonus fundi fructus percipere possit, sed an a domino petere; puta si ex lege contractus vel aliunde, præter usum prædii (eum quippe non petit, sed habet cum colonus dicatur) quidpiam ei dominus debeat. Aliter Forn. 3. *Sel.* 5. add. Pac. 2. *Enant.* 16. Elegans denique pacti taciti species in *L.* 10. §. *ult.* ubi non modo sine verbis, sed et contra verba pactio inducitur. Hot. ad *L.* 2 *h. t.* vid A. Fab. 7. *Conject.* 15. *et in ration. ad d.* §. *ult.* qui perperam

II. Hæc exceptio, cum de debitore agitur, huic ipsi principaliter competit tunc cum ei recte quæsita est. Quæritur autem ei aut (2) ipsius pac o, aut alieno. Ipsius pacti, cum ipse pactus est cum creditore, eove qui creditoris loco fuit, ne a se peteretur.

III. Alieno, cum alius cum istorum aliquo pactus est ne peteretur a debitore, si modo is fuit alius qui paciscendo debitori exceptionem acquirere potuerit. Qui possint, in eorum numero quatuor species habentur; qui sunt in potestate debitoris ejus de cujus re agitur; qui in honorum debitoris administratione pro dominis habentur; testator heredi suo paciscens, tum fidejussor paciscens debitori. In potestate sunt, domini servus, patris filiusfamilias quibus similes sunt, in quibus ususfructus est debitoris, quive ab eo bona fide possidentur. Per hos iis quorum in potestate sunt, quidvis acquiri posse constat, quod jus explicatur *tit. Inst. per quas pers. nob. adq.* Id et ad exceptionem per (3) hos acquirendam pertinet; de quo ita scriptum est in *L. si tibi*, §. *ult.* et *LL.* 2. seqq. de pact. *filius servusve si paciscantur ne a patre dominove petatur, sive de eo paciscantur quod cum ipsis, sive de eo quod cum patre dominove contractum est, acquirent exceptionem. Idem est et in his, qui bona fide serviunt.*

IV. In bonorum alienorum administratione pro dominis habentur; domini quidem voluntate procurator, actor municipum, magister societatis: jure autem tutor, curator. Horum omnium pactum placet debitori ad exceptionem prodesse; ut sive procurator domino, actor municipibus, magister iis ad quos societas pertinet, tutor pupillo, curator adolescenti, furioso, prodigo paciscantur ne ab his quorum res est petatur, his acquirant exceptionem; ut de singulis ordine traditur hic locis, *L. rescriptum.* 10. §. *ult.* et *I. L.* 5. seqq. *L. contra.* §. 1. *D. de pact.* Non tamen ut his acquirant exceptionem

expungit vocalam *alios* quia casus sit *d.* §. *ult.* ubi plane nullus antea filius. Nam etsi non filii ante, tamen filia fuisse proponitur. Masculinum autem usitate fœmininum complectitur. Non item exemplum in *L.* 4. §. 1. *h. t.* ceu Cujac. et A. Fab. *ibid.* quia immo ipso jure ibi evanescit stipulatio, non propter pactum tacitum, sed propter conditionem, quæ natura ei stipulationi inest, deficientem Hot. in *d. L.* 4.

(2) Etsi pupillus sit *L. Contra* 28. *h. tit.* Nam licet pactum consensum requirat, tamen non credendum est animum et consilium paciscendi ei defuisse qui sibi bene prospexit. A. Fab. *ibid.* Et heres quoque ante aditam hereditatem, *L.* 7. §. 17. *h. tit.* etsi tunc nondum debitor sit, ut exonerata hereditas facilius inveniat heredem. Nec interest in extraneo pure an sub conditione institutus sit. Tametsi in suo et necessario, filio ac servo intersit, *d. L.* 7. §. 18. ubi vid. Hot. et A. Fab. Notandum quoque non aliter hac exceptione juvari debitorem, quam si et ipse leges pacti ex parte sua impleverit aut implere paratus sit. Quo pertinet *L.* 36. *h. t.* *L.* 21. *in fin. C. h. t. L.* 28. *C. de transact.* ubi inde doli replicatio.

(3) Etsi enim quæ facti sunt in persona servi consistunt nec ad dominum transeunt, exceptio tamen pacti juris est prætorii, cujus non magis capaces servi quam civilis, *L.* 7. *ad L. Corn. de fals.* A. Fab. *ad d.* §. *ult.* *et LL. seqq.* Servus quoque hereditarius ante aditionem sim liciter vel in rem paciscens acquirit heredi futuro, *L.* 27. §. *ult. h. t.* Prius enim hereditati jacenti acquiritur, postea per eam heredi facto. Idem si heredi futuro, nomine appellativo, *L.* 28. §. *ult. de stip. ser.* Secus si nominatim; Titio videlicet heredi scripto, non ut heredi, sed ut Titio *d. L.* 27. §. *ult. h. t.* ubi Cujac. et A. Fab. Fructuarii quoque servi pactum prodest *L.* 55. *h. t.* Nam et ex operis suis et ex re usufructuarii hæc acquisitio est, cum nec hic quidquam proprietario ex rei natura acquiri possit, qui non obligatus liberari nequit, A. Fab. *ibid.* Confer *supra Lib.* 9. *C.* 6. *n.* 28. Plane si ne a se peteretur pactus fuerit, nihil valet pactum. *L.* 21. §. *1. h. t.* In quo alia caussa stipulationis, *L.* 1. *et toto t. D. de stip. serv.* Nam stipulatio dandi potest impleri in persona servi; pactum de non petendo nequit. Peti enim dicitur quod judicio petitur, *L.* 15. *Rem rat. hab.* Cum servo autem nulla actio, *L.* 107. *de R. J.* Hot. et Ant. Fab. ad *d. L.* 21. Exceptio tamen doli superest domino, *d.* §. 1. quousque servus vixerit, Cujac. ad *L.* 17. §. *ult. hoc tit.* Hæc enim subsidiaria exceptionis pacti data quoque aliis casibus ubi pactum rigore juris non valet. Nec probanda audacia A. Fabri totum vers. *etsi in rem d.* §. 1. ceu ineptam Triboniani adjectionem damnantis. Quia immo ita pepigisse videtur servus, eaque mente promisisse creditor ne a domino peteret, cum in servo sibi actionem non esse sciret. Non itaque abest a dolo, si verba pactionis captando contra promissum venire velit, Connan. 5. *Comm.* 4. *n.* 6. Nam et ita pactum filiifamilias ne a se solo petatur, et ita personale, prodest patri ejusque heredi, si ex persona filii conveniatur, *L.* 19. §. 1. *L.* 20. *L.* 21. *pr. h. t.* sed quousque vivit filius *d. L.* 21. *pr.* Quia cum in ejus persona extinguitur, nec in persona alterius post obitum ejus durare potest, ne quis per alium plus habeat quam is ipse, *L.* 63. §. 7. *ad Treb.* A. Fab. ad *d. L.* 21. *pr.* Et nihil jam ad filium amplius illæ actiones pertinent, cujus bona pater jure potestatis non hereditatis habet, Connan. *d. C.* 4. *n.* 5. add. Pac. 1. *Enant.* 91.

pacti, sed doli mali: dum debitor hoc dicet: dolo facis, creditor, qui petas contra quam pactus es mea caussa cum iis qui in rerum mearum administratione pro me ipso haberi debuerunt. Hoc de procuratoris pacto domino paciscenti traditum a veteribus et confirmatum in *L. rescriptum*, *§. ult. de pact.* pertinere intelligendum est ad cæteros omnes rerum alienarum administratores. Superius enim illud certum est responsum esse a veteribus, dum cavent ne offendatur regula juris quæ per extraneam personam quæ juri nostro subjecta non sit, vetat quidquam acquiri, *L. 1. C. per quas. person. §. ex his. Inst eod.* Hoc ergo illi secuti etiam in hac specie acquisitionis admiserunt, sed ita ut secundum verba negent acquiri exceptionem pacti: cæterum ex sententia juris admittant doli exceptionem: quod plane nihil aliud est, quam dicere, non competere quidem hic exceptionem pacti directam ex verbis, sed competere utilem ex sententia. Nam profecto debitor qui hic objiciet doli exceptionem, etsi recta et primo id facit, tamen ad summam eo relabatur necesse est, ut dicat creditorem ideo dolo facere quod contra fidem pacti faciat. In quo perspicuum est debitorem vi ipsa et origine se pacto tueri. Effectu igitur hæc pacti exceptio est (4) utilis, etsi verbis doli exceptionis tegitur. Neque vero hanc exceptionis acquisitionem superioris regulæ sententia repudiat. Nam qui in rerum administratione pro domino habentur, quales sunt superiores, proprie extranei dicendi non sunt; regula autem solum extraneos removet. Et certe eo minus in hac re pro extraneis habendi sunt, quod eorum quodammodo interest, pactione pro reo interposita, pactionem valere, atque hinc exceptionem domino acquiri. Cura enim quam pro officio alienis negotiis debent, facit ut si quod non recte curarint quod curatum oportuerit, eo nomine teneantur, *L. in re C. mand.* *L. 1. D. de. tut. et rat. dist.* Huc accedit quod iidem isti cum paciscuntur debitori, de re debitoris id faciunt. Non tantum autem tutores, curatoresve, sed etiam procuratorem ex re domini quid acquirentem adeo placuit in eo pro domino esse ut, quamvis stipuletur quid, si tamen ex re domini mandato non refragante stipuletur, placet etiam eum invito procuratore id petere posse, *L. quod procurator, D. de proc.* Adde jam quod hic non de actione dominis per istos acquirenda agitur, sed de exceptione. Hæc vero ejusdem res est quæ, ut est favorabilior propter reos quibus tribuitur, ita benignius accipienda sit usque adeo ut, quamvis per istos actio dominis acquiri non posset, tamen nihil prohibere per eos exceptionem acquiri: favorabiliores enim rei, quam actores habentur, *L. favorabiliores. D. de reg. jur.* Unde dictum: quacumque ratione procurator tuus a me liberatus est, id tibi prodesse debere, *L. quacumque, D. de proc.*

IV. Quod ad testatorem attinet, receptum est ita quemque pacisci posse ne a Titio herede suo futuro petatur, ut, quamvis ipse qui pactus est, neque de se quidquam pactus sit, neque de heredibus cæteris, possitque peti ab ipsis omnibus; nihilo tamen minus pactio valeat, prositque Titio heredi pacti exceptio ne ab eo petatur. Et generaliter definitum heredi consuli concessum esse, nec quidquam obstare uni tantum ex heredibus providere, si heres factus sit, cæteris autem non consuli; hoc Celsus in *L. arus, D. de pact.* de cujus loci sententia disserui pluribus ad *L. stipulatio ista, §. alteri, nu. 47. D. de verb. oblig.* Fidejussoris quoque pactionem placet principali reo prodesse, si paciscatur ne a reo peteve a se petatur: non ut directa exceptio pacti conventi acquiratur reo, propter eam caussam quam in procuratore supra reddidi; sed ut ei prosit (5)

(4) Immo nulla pacti exceptio utilis. Nec distinctio directæ et utilis exceptionis inducenda; utilis enim actio dicitur quæ ex æquitate, exceptiones autem omnes ex æquitate. Et doli exceptio subsidiaria est, non solum exceptionis pacti, sed et aliarum. Doli exceptio datur, quia venit contra factum suum actor; non autem pacti, quia non pepigit ipse reus, sed pactum inter alios initum, ita A. Fab. ad *d. L. 10. §. ult. h. t.* Recte. Nam si ad exem. tum utilis actionis exceptio utilis dicitur, ita dicatur vel quia præter verba edicti ex sententia ejusdem datur; ast immo exceptio doli non minus a Prætore proposita est, *L. 1. pr et §. 1. de doli exc.* vel quod præter verba conventionis ex mente tacita paciscentium. Ast immo hic verbis expressis mens testata, maxime si procurator convenit ne a domino peteretur. Aliquot etiam differentias non leves hujus doli exceptionis ac exceptionis pacti recenset Cels. Bargal. *Lib. 4. de dolo C. 2. n. 50.*

(5) Idemque in confidejussoribus *L. 26. h. t.* Etsi enim simplex pactio etiam in rem concepta reo ac confidejussoribus non prosit *L. 23. h. t.* ubi ratio contra quam in jurejurando et acceptilatione jus est *supra Lib. 16. Cap. ult. n. 7.* et ex dictis *N. 2. ad Comment. in Tit. Digestor. de Jurejur. Cap. 7. n. 6.* secus tamen si in rem suam fidejussit *L. 24. h. t.* id est si non tam pro alio quam pro se intervenit, quia tunc interest pact-

doli exceptio *ex* pacto fidejussoris nata; idest, ut dixi, pacti exceptio utilis: hoc sic explicatur in *L. item*, 1. 2. et *L.* seq. *D. de pact.* cum prius videretur negari in *L. fidejussoris*, in pr. *eod.* Nec mirum fidejussoris pacto id tribui. Cum enim fidejussor paciscitur reo; prope est ut paciscatur sibi: cum si a reo non petitur, proinde sic ac si non peteretur a fidejussore, quia reo liberato liberantur et accessiones. Generaliter autem probatum est in rem pacta omnibus prodesse quorum obligationem dissolutam esse ejus qui paciscebatur (6) interfuit. *L. et heredi*, §. *ult. de pact.*

VI. Extra has personas, si quis paciscatur ne a reo petatur, non minus inutilis pactio est quam inutilis stipulatio, si quis stipuletur alteri ut ei acquiratur actio: usque adeo, ut nec patris pactio ne a filio petatur quidquam prosit filio in eo in quo (7) pater non tenetur. *L. si tibi*, §. *si qui paciscatur*, *D. de pact.* aliter atque si pater (8) ex filii

scentis ut et reo prosit, cum si is solvere cogatur, adversus se regressum habiturus sit; attentoque eo magis quod actum quam quod dictum est, ipse reus potius pro fidejussore, et vicissim, habendus sit, A. Fab. *ad d. L.* 24. Secus item si hoc actum ne a reo quoque vel confidejussoribus petatur, *d. L.* 26. id est, ut interpretor, non modo si nominatim ita convenit, ut noster hic et Cujac. *ad L.* 23. *h. t.* sed et si ex rerum factique qualitatibus evidenter ita sensisse paciscentes appareat, arg. *L.* 7. § 8. *in fin. h. t.* Nam etsi tunc quoque pactum alterius caussa factum, quoad illum, jure non subsistat, doli tamen exceptio datur propter vicinitatem obligationum, Cuj. *ad L.* 23 *h. t.* Quippe est quædam obligationis societas ac communio inter istos, ut sint quasi correi debendi, et alter alterius quam procurator. Unde quod efficit in procuratore mandatum, hoc ejusdem debiti communio in fidejussore, scite Conan. 3. *Comm.* 4 *n.* 7. Aliud si non ejusdem debiti confidejussores, sed quisque diversarum partium; ubi paciscens ita fidejussor, nec reum liberat nisi pro ea parte in quam fidejussit, nec confidejussorem, quia divisa est cujusque obligatio. Conan. *d. loc.* add. Hering. *de fidejuss.* C. 27. *p* 5. *n.* 5. ac 6. *et n.* 9. Facessant itaque argutiæ novatoris Ant. Fab. *ad d. L.* 26. nimis licenter totum §. *ult. L.* 25. *et L.* 26. ceu incondicionum Triboniani emblema reprobantis. Cujus obiectis satis ex his occurri potest, telis in auctorem retortis. Mirus vero novæ latinitatis auctor est ille contendendo horum verborum *si hoc actum ne a reo quoque petatur* vi id effici quod actum sit ut a fidejussore petatur, a reo autem non petatur, proinde ineptam esse Triboniani locutionem sententiæ ejusdem adversam Quæ non refellenda.

(6) Ubi nisi ad alium pacti commodum transiret, nec ipsi qui pactus fuisset prodesset, A. Fab. *ad d.* §. *ult.* Dataque exceptione, non tam illi consulitur cui datur, quam qui pepigit, Cujac. *ibid.* Quo referenda et species *L.* 16. *pr. et* §. 1. *h. t.*

(7) Et ita pater paciscens ne a filio petatur, nec filio nec sibi exceptionem quærit, quia pacta spectantur naturaliter et ideo sunt plures personæ. Aliud est in stipulatione, quæ spectatur civiliter, ubi omnes qui in ejusdem potestate pro una persona in Hot. *ad L.* 21. §. 2. *hoc tit.* add. Cujac. *ibid.* et A. Fab. *ad d.* §. 4. Cujac. *in d.* §. 4. hic tamen filio doli exceptionem dari vult per *L.* 21. §. 2. *in fin. hoc tit. et* Duar. *ad h. t.* *D. C.* 3. Quod reprobat A. Fab. *in d.* §. 4. quia ibidem non prodesse dicitur. Et *idem* 33. *Err. Prag.* 9. *et* *seq.* Plane Pac. 4. *Enant.* 92. accipit *d.* §. 4 de filia emancipata et *d. L.* 21. §. 2. de filio qui in potestate patris, atque ita has LL. conciliat.

(8) Et hic ubi cum filio una pater obligatus, si paciscatur pater ne a filio petatur, actione adversus patrem instituta, nulla exceptio, *d.* §. 2. Quia cum filio non prosit pactum in cujus personam relatum est, minus patri. Conan. 5. *Comm.* 4. *n.* 5. Maleque Cujac. *in d.* §. 2. hic et patri et filio exceptionem doli accomodat, quod recte A. Fab. reprobat. Sin pater pactus ne a se neve a filio petatur, pacti quidem exceptio patri datur; quia quoad ejus personam pactum omnino utile, cum sibi pepigerit: filiofamilias autem non datur, cum ei per patrem acquiri non potuerit, sed doli exceptio eidem prodest *d.* §. *in fin.* Nempe alias iniquum quid contingeret ut pater, qui pacto tutus directo peti non posset; oblique et per filium petatur. Nam bona filii patris sunt, sine cujus damno is solvere non potest. Propterea datur exceptio doli, quod dolose faciat creditor qui quod pactus est non petere a patre, per filium ab eo extorquere vult; Con 5. *Comm.* 4. *n.* 5. *in fin.* Ex quibus facile convellitur audacia A. Fabri *ad d.* §. 2. *et* 33. *Err. Prag.* 9. verba *d.* §. 2. extrema *sed doli prosit* vel ceu a Triboniano temere adsuta, resecando, vel pro *doli* reponendum *soli* ut idem reddatur sensus, consentis 1.° quia in *l.* 17. §. 4. *h. t.* negatur pactum prodesse filiæ; prodesset autem item omnino; quia si affectum rei ac potestatem exceptionis intuearis, pacti an doli exceptio detur parum refert. Resp. Sed alia species *d.* §. 4. *ut N. præced.* 2.° Non potest, ait Faber, videri dolo facere qui cum patre pactus de non petendo nec ab illo nec a filio, sed inutiliter quoad personam filii, postea a filio petit, sive vivo patre sive mortuo, et sive is heres factus patri sive non: Neque enim venit contra pactum ex parte qua conceptum est in personam patris quia personale est, neque qua in personam filii quia illi inutile, cum et Prætor velit pactum inter alios aliis non prodesse. Quibus ut occurrendum sit, ex iis quæ ex Conano satis liquet. Immo et pactum patris indefinitum ne petatur ubi obligatio communis, filio ad exceptionem prodesse dicendum est per reg. *L.* 21. §. *ult. hoc t.* quod male negat Faber. *in d.* § 2.

contractu obligatus paciscatur ne a se neve a filio petatur; quo casu, exemplo fidejussoris reo paciscentis, placet hic quoque pacti quidem hujus exceptionem filio dandam non esse, sed doli prodesse. *L. et heredi*, §. 1. in fin. *D. eod.* Sed nec si extraneus cui quis pactus est, heres postea paciscenti extiterit, eo magis (9) confirmabitur pactio quæ ab initio non valuit, *d. L. si tibi*. §. *si quis paciscatur, de pact.* Quod ita accipiendum est, nisi quis extraneo tanquam heredi nominatim pactus sit, aut pactus sit in ea caussa in qua is cui paciscebatur teneri non potuit nisi heres factus. *L. avus. D. de pact.* Atque hæc ideo quia scilicet per eos quorum nihil interest, alteri extraneo acquiri nihil potest, refragante superiore regula juris.

VII. Exceptio pacti debitori ad eum modum quem diximus principaliter quæsita, deinceps per consequentiam ad eos transit ad quos transire ante diximus in iis quæ communia exceptionum posuimus. Itaque etiam ad heredes pertinebit, nisi tamen actum sit ne pactum ad eos pertineret; dum scilicet (10) nominatim id agitur ne a debitore solo petatur, non etiam ab ejus heredibus. Dum enim personale pactum est in quo id accidit quod in omni jure defuncti personali, ut ne pertineat ad heredem, *L. idem*, §. 1. *de pact. L. quin. D. sol. mat.* Sed nominatim hoc agi oportet, ne a debitore solo petatur. Quod si (11) simpliciter pactus erit creditor ne a Titio peteret, nulla mentione heredum facta, nec his nominatim

(9) Male Cujacius *ibid.* tentari posse quod et huic exceptio doli detur. Nam *d.* §. 4. plane prodesse negat A. Fab. 16. ubi et differentiæ rationem cur stipulatus filio, post mortem eum ei actionem acquirat etsi heres non fiat, pactus autem exceptionem non item etsi heres fiat, investigat.

(10) Quo pertinet solemnis illa pactorum divisio in *L.* 27. §. 8. *h. tit.* qua alia in rem sunt, alia in personam: Qua de Cujac. 18. *Observ.* v. 2. Hot. 1. *Amicab.* 29 Charond. 2. *verisim.* 8. Conna. 5. *Com.* 4. *n.* 4. *et* 5. Duar. *h. t. D. C.* 6. *n.* 10. *et ad L.* 7. §. 8. *h. t.* Bronch. 1. *Misc.* 13. Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 37. *P.* 2. *n.* 4 *et seqq.* Forst. *de pact. C.* 4. *Memb.* 3. Reiner. Bachov *misc. Disp. C.* 11. *etc.* In rem quæ generaliter concepta vel facta potius *d. L.* 7. §. 8. quæ et generalia, *L.* 40. *pr. h. t.* Quia rem sequuntur, proinde ad successores transeunt, nec personis paciscentium coarctantur. Cujac. *d. Cap.* 2. Charond. *d. C.* 8. Moller. *ad d. Const.* 37. *n.* 6. In personam, et quæ personalia *L.* 21. *pr. L.* 25. §. 1. *hoc tit.* cum hoc agitur ne a certa persona petatur, *d.* §. 8. cum paciscens sibi soli prospectum et consultum vult, Cujac. *d. C.* 2. dicta, quod personam comitentur nec eam egrediantur. (Confer Rittershus. *Com. ad Salvian. Lib.* 6. *de gubernat. Dei initio.*) Accedit tertia species pactorum mixtorum quæ ex altera parte in personam, ex altera in rem concepta *L.* 57. §. 1. *h. tit.* Hot. 1. *amicab.* 29. Forst. *d. membr.* 3. cum hoc agitur ne ego solus petam, ubi ipse quidem nec a te nec ab herede aut fidejussore tuo petere possum; heres vero meus ab omnibus potest. Tametsi hæc pacta mixta sub pactis in personam contineri velit Bachov. *d. C.* 11. eo quod hæc distinctio a debitore petita.

(11) Recte. Nec continuo pactum personale, cui persona inserta, cum plerumque demonstret potius quis pepigerit, non vero pactum coarctet, *d. L.* 7. §. 8. Et ut ibidem non minus hoc omne ex verbis quam ex mente conventionum æstimandum; ubi notanda hysterologia, seu transpositio verborum JCtis non insolens *L.* 3. §. 5. *de bon. poss. cont. tab. et simil.* Nec pro *non minus* reponere *non magis* necesse est, ut *Gl. in d.* §. 8. *probante* Moll. *ad Nov. Elect. Sax.* 37. *P.* 2. *n.* 9. Hot. et Anton. Fab. *in d.* §. 8 Quare quod vulgo tradunt pactum personale initum non facile censeri, ac in dubio reale præsumi per *d. L.* 9. *de probat. L.* 8. §. 16 *Quib. mod. pig. sol. L.* 13. *Codic. de cont. stip.* Paul. Anton. Delbene *singul.* 15. Duar. *ad d. L.* 7. §. 8 Tiraq. *de retr. convent.* §. 1. *Gl.* 6. *n.* 20. Goed. *de contr. stip. Cap.* 9. *n.* 164. Forst. *de pact. C.* 4. *membr.* 3. non tantum obtinet cum incertum est quibus verbis usi sunt paciscentes et an personam designarint, Duar. *d. loc.* sed et ubi persona inserta pacto per *d.* § 8. *v. plerumque*. Quod male negat Ant. Fab. *ibid.* temere et absurde scribens vocula *plerumque* notari regulam in contrarium; cum imo eandem voculam, uti frequentiam et majorem partem, ita regulam arguere usu Latinitatis nostrorumque auctorum notissimum sit; vid. Tiraq. *de retr. lignag.* §. 1. *Gl.* 9. *n.* 224. etsi quandoque significet *interdum*, ut ex Connan. *notavi supra Lib.* 4. *Cap.* 13. *N.* 3. sed rarius. Proinde regula erit: Persona pacto nominata designandi debitoris, non restringendi pacti caussa censetur, *dd. LL. et L.* 8. *pr. de pig. act. L.* 5. *pr. Quib. mod. pig. sol.* Unde in *d. L.* 7. §. 8. non dicitur conceptum sed factum in personam. Hinc tale pactum: Profiteor te non teneri, etsi per vocabulum te in personam dirigi videatur, generale tamen est et in rem *L.* 40. *pr. h. t.* idque vigore dictæ regulæ. Nec aliud juris si ita: Profiteor me a te non petiturum, modo non vox taxativa adjecta *a te duntaxat*, ut *L.* 22. *h. t.* aut expresse una convenerit ut ab herede vel fidejussore peti liceat *L.* 17. §. 3. *d. L.* 22. *h. t.* aliundeve quam ex his solis verbis *a te* appareat hoc actum ne a debitore solo petatur arg. *d. L.* 9. *de prob. L.* 8. §. 16. *Quib. mod. pig.* Male itaque Cujac. 18. *Observ.* 2. Briss. *Lib.* 3. *de solut. p.* 442. A. Fab. *ad d. L.* 40. *pr.* et Bronch. 1. *Misc.* 13. his verbis *me a te non petiturum* pactum in personam dirigi sentiunt

exclusis, pactum sic acceptum est, ut sub persona defuncti simul sensum intelligatur de heredibus quos pactio aperte non exclusit: quæ sententia *L. si pactum, D. de pro-*

Atque inter ea verba et illa *te non teneri* hoc interesse scribit Faber quod *teneri* vel *non teneri* juris sit, nec morte paciscentis nec ex persona heredis immutetur; *non petere* autem facti; facta vero pro personarum varietate varia. Nec quod heres meus a te petit, me petere verum est. Et Briss. *d. loc.* Verba, ait, *non teneri* de tota obligationis substantia loquuntur, quam non subesse testantur; ergo quia obligatio nulla, nihil est quod ab heredibus petatur. Ista autem *non peti* tantum petendi facultatem præcidunt, obligatione manente. Sicuti et Cujac. *d. C.* 2. illis verbis abrogari ipsam obligationem, his non ita. Quem notat Hot. 1 *Amicab.* 29. quia pactum non est legitimus distrahendæ obligationis modus, nec ipso jure liberat sed exceptionem tribuit. Quare cum non efficiant illa verba ne amplius ipso jure teneatur, nulla alia eorum vis nisi ut judicio efficaciter debitum peti non possit. Sed nec ex vi verbi *profiteor* decisio *d. L.* 40. pendet, ut idem Cujac. *d. C.* 2. Nam etsi alias plus sit *profiteri* ubi quis sponte et ultro quid agnoscit, Cicer. *pro Cæcinna*, quam *confiteri* ubi ab altero provocatus, in præsenti tamen non refert, sive dicat profiteor, sive confiteor, fateor, assero, dico, testificor, etc. Hot. *d. loc.* Quapropter pactum *ne a se petatur* ex his verbis solis personale non est, (nisi et hoc actum sit quomodo exaudiendæ *L.* 19. §. 1. junct. *L.* 21. *pr. h. t.* item *L.* 57. §. 1. *h. t.*) sed reale. Quod ipsum non solum heredi prodest, *L.* 17. §. 3. *h. t.* ubi verba *sed ut ab herede petatur* non sunt supervacua, ad majorem solum expressionem ac testificationem juris quod creditori servatur adjecta, ut Hot. *ibid.* Nedum ut spuria expungenda, ceu A. Fab. *ibid. et* 33. *Err. Prag.* 9. quasi dubitatio ita ridicula fiat; sed imo absque illis diversa decisio foret per dicta et arg. *L.* 8 §. *pen. de pig. act.* Caussa autem dubitandi in eo an ita conveniri possit ne actum prosit HEREDI, qui quasi alter idem. Videri enim poterat nec posse acquiri exceptionem alicui, ut personæ ita cohæreat ne ad heredem universi juris successorem perveniat, ET SUCCESSORI IN REM; *L.* 17. §. 5. *hoc titul.* Quomodo in simili, ast converso casu Moll. *ad Nov. Elect. Sax.* 37. *p.* 2. *n.* 3. *et seqq.* lege venditioni dicta ne emptor fenestram aperiat, pactum generale esse, ac rem afficere ut nec successor emptoris contra venire queat, contendit. Verum et FIDEJUSSORI, *L.* 22. *h. t.* Ubi itidem verba *a fidejussore petatur* temere resecat A. Fab. *ibid.* Etsi enim hic idem jus absque illis ob vim voculæ *dumtaxat* præcedentis, nil tamen vetat quid clarius exprimi, nec quæ abundant, nocent aut vitiant. Neque hic nulla dubitatio vel adjectis hisce verbis. Contra enim inde videri poterat quod, liberato principali reo, etiam per exceptionem necesse sit accessiones etiam liberari, *supra Lib.* 16. *C.* *ult. n.* 3. Cui dubio occurritur *eod. C. ult. n.* 4. Verum autem pactum personale in personam non conceptum modo, sed factum *L.* 7. §. 8 *h. t.* ad alium non pertinet, NEC AD HEREDEM *L.* 25. §. 1 *h.* Non obst. *L.* 8. §. *pen. de pig. act.* Noli dicere cum Hot. 1. *Amicab.* 19. singularem ibi opinionem Pomponii haberi; aut cum Briss. *Lib.* 3. *de solut. p.* 441. quod decisio *d.* § inde sit, quod obligationis, in quam heres succedit jure pignus in eam caussam datum distrahi possit, modo convenerit ut ne liceat, *l.* 4. *de pig. act. L.* 1. *C. de pact. pig.* Nam aperte *d.* §. *pen.* de vigore ac interpretatione pacti de vendendo pignore agit. Et quis unquam dubitaret, pacto maxime personali cum decessore inito, heredi jus quod circa illud habiturus foret, non adimi? NEC AD SUCCESSOREM SINGULAREM emptorem, donatarium per *d. L.* 25. §. 1. v. *ad alium.* et arg. *L.* 42 *de admin. tut.* Difficilius enim ad eum quid transit quam ad heredem. Obj. *L.* 17. §. 5. *h. tit.* Resp. Cujac. 18. *Obs.* 2. aliam fuisse Sabini sententiam, et Hot. 2. *Amic.* 29. novo exemplo et novo more ita disputasse Sabinum, ac A. Fabr. *in d.* §. 5. referri ibi a Paulo Sabini sententiam, non probari, sed contrariam plurium et Pomponii ut in præcedentibus verbis. Idem Cujac. *ad d.* §. 5 emptori et donatario prodesse quandiu vivit qui pepigit, arg. *L.* 21. *pr. h. t. L.* 8. §. *ult. de peric. et com. rei vend.* ac Duar. *h. t. C.* 6. *n.* 10. Sed alia ratio est *d. L.* 21. *pr.* ubi pater ex persona filii convenitur, vid. *hujus Cap. A.* 3. non item emptor ex persona venditoris. Et alias quoque fidejussori, saltem ad vitam principalis rei, indulgenda esset exceptio. Denique *d. L.* 25 § 1. indistincte loquitur *non pertinent.* Probabilior itaque prior A. Fabri solutio. Neque hoc modo antinomiam relinqui dicendum videtur; cum Pomponii et plurium sententiæ, uno contextu et serie, adversa Sabini opinio subjiciatur. Sane alias, et plerumque sententia posterius relata probata videtur. Sed in dubio. Hic autem *d.* §. 5. aliud apparere dici potest ex verbis *hoc jure nos uti, etc.* Forsan tamen haud paulo aptius et nove dicemus Sabinum exaudiendum non de vere personali pacto in personam facto, sed in personam concepto, id est ubi persona pacto inserta demonstrandi caussa, non restringendi; quo modo Sabini sententia præcedenti Pomponii non derogat, sed eandem declarat, protrahit et extendit. Sensus: Non tantum emptori prodest, si in rem verbis concepta pactio, quod tamen tutius est et præcidendo dubio expedit, ideoque suadetur in *L.* 8. §. *pen. de pig. act.* Sed et si in personam conceptum est, verbis scilicet; si mens convenientium fuit generaliter pacisci, *L.* 7. §. 8. *h. t.* et in emptorem valet *d.* §. 5. Ubi obiter nota antiptosin JCtis nostris perfamiliarem, ceu pluribus exemplis ostendit Val. Guil. Forst. 1. *Obs. succis.* 2. NEC AD

*bat.* Dabitur similiter deinceps eadem exceptio et fidejussoribus; eadem tamen conditione qua supra, nisi personale pactum sit, dum ita cavetur ut ne a debitore solo petatur, *d. L. idem.* §. 1. *de pact.* Neque aliud probatur in *L.* 7. *D. de exc.* cum dicitur generaliter peremptorias exceptiones fidejussoribus quoque dari. Adjicitur enim id ita esse quatenus caussæ cohærent, non personæ. Fit autem in pacto personæ exceptio, cum pactum nominatim ad solam personam debitoris confertur. Sed etsi pactum in rem sit, ut scilicet non petatur; placet tamen non prodesse exceptionem fidejussori, si donandi animo fidejusserit: quasi quod placuit alias fidejussori exceptionem dandam, ut *L.* 7. *D. de exc.* propter rei personam placuerit, ne is, fidejussore convento, postea fidejussori mandati judicio teneretur; quod periculum non metuitur in eo fidejussore qui donandi animo fidejussit: hoc Paulus in *L. quod dictum. D. de pact.*

VIII. Ut debitori principaliter pacti exceptio: sic principaliter adversus creditorem de quo pactum interpositum est ne peteret, si modo interpositum sit ab eo per quem exceptio adversus creditorem constitui potuit. Constituitur hæc adversus creditorem similiter ut supra, partim crediloris pacto, partim alieno.

IX. Creditoris, cum ipse pactus est ne peteret, dummodo is sit qui (12) rerum suarum alienationem habuit. Nam pupilli, furiosi, prodigi frustra ita paciscantur, ut quibus interdictum sit rerum suarum alienatione, *L. contra, D. de pact.* Minores quoque idem si paciscantur et remittant de suo, in integrum restitutionem paratam habent, *L. non omnia, D. de min.*

X. Pacto alieno idem fit, si ne creditor peteret, pacti sint iidem illi quos paciscendo debitori exceptionem quærere posse diximus; nempe qui sunt in potestate creditoris, item qui in rerum ejus administratione pro dominis habentur; postremo decessor paciscens ne heres ejus petat. Sed hi longe dissimili potestate, atque supra. Illic enim id agebatur ut debitori acquirerent exceptionem; nunc id agitur ut paciscendo creditori actionem adimant. Inter quæ multum interest: quippe immo naturali et civili ratione ita comparatum est, ut alienam conditionem meliorem quidem facere liceat etiam ignorantis et inviti, deteriorem non liceat. *L. solvendo, D. de neg. gest.* Quatenus igitur hi creditori eidemque domino paciscendo nocere possunt, et pacti exceptionem adversus eum constituere? In prioribus quidem generibus duobus non latius quam quatenus voluntas crediloris illis concedit pro potestate illis privatim tributa, aut in munere publico quatenus patitur ratio rectæ administrationis. In testatore autem libera est hæc potestas, ut vel heredi suo prout visum

FIDEJUSSOREM *L.* 22. *h. tit.* ut nec mandatorem aliumve principali obligationi accedentem per *L.* 25. §. 1. *h. t.* v. *ad alium.* Tametsi quoad mandatorem contra statuant Cujac. ad *L.* 21. §. *ult. h. t.* Pac. 1. *Enant.* 95. et A. Fab. ad *d. L.* 22. quia, ajunt, huic actionem præstare debet creditor contra debitorem; *L.* 95. §. 10. *de solut.* sine qua cessione quod solvit recipere non posset, cum propriam actionem contra eum pro quo mandavit non habeat. Efficax autem non est quæ pacti exceptione eliditur. Ergo cui actio cedi nequit, is nec cum effectu a creditore conveniri. Alia caussa fidejussoris qui, cum ipse reum principalem sibi jam ante obligatum habeat actione mandati vel negociorum gestorum, cessio ipsi necessario non fit, etsi fieri possit. Ast immo nulla diversitas. Utrumque enim controverti potest: 1.° an citra cessionem nulla plane mandatori actio, anne negociorum gestorum: 2.° an non et fidejussori actio necessario cedenda ut, pluribus juris remediis suppetentibus, expeditius suum consequatur habeatque quod eligat. Deinde non est quod impediat hic cessionem fieri; nam siculi pactum personale, ita et exceptio ex eo personalem effectum habet: proinde actio utilis in persona fidejussoris mandatorisve cui cessa est, argute Reiner. Bachov. *Disp. Misc.* *C.* 11. *in fin.* Plane jure novo, propter ordinis seu excussionis beneficium, pactum quoque mere personale fidejussori prodesse vulgo notant Bach. *d. C.* 11. A. Fab. ad *d. L.* 22. Alias exceptio jure prodita facto debitoris paciscentis adimeretur. Sed hoc per consequentias et occasione magis quam jure arg. *L.* 2. *de vivis* potestate constitutionis Justin. *Nov.* 4. *C.* 1. potius quam vi pacti, A. Fab. *ibid.* Quare si debitoris nomen per se, ex inopia ejus inane, fidejussorem tamen conveniri posse, nec juvari hujusmodi personali pacto principalis, rationis esse puto. Plane pactum majoris partis creditorum de remittenda debiti parte, etsi heredi prosit, fidejussori non item, *de quo infra in* N. 20.

(12) Et filiusfamilias quoque pactum ne agat valet, quatenus ipsi actio est *L.* 30. *pr. h. t.* Quin et de legato sub conditione pacisci is potest, *L.* 21. §. *pen. h. tit.* Etsi enim nondum delata repudiari nequeant, *L.* 45. §. 1. *de L.* 2. pacisci tamen de iis licet, *L.* 46. *hoc tit.* A. Fab. *in d.* §. *pen.* et citati *supra Lib.* 8. *C.* 18. N. 5. Repudiatio enim in præsens tempus remittit: pactum autem etiam potest in futurum, Don. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 7. Siculi et filiafamilias de dote recte paciscitur cum sui juris esse cœperit, *d. L.* 21. § 3 pacto in id tempus collato quo actio dotis antea patri communis, propria futura; vid. Cujac. et A. Fab. *ibid.*

est, prosit vel noceat, quod in his omnibus, cum ad jus de singulis consitutum ventum erit, facile intelligetur.

XI. Propone ergo primum filium et servum. Sive filius in pecunia paterna sive servus in pecunia dominica paciscantur ne pater aut dominus petat, patri dominove omnino non nocent nec quidquam detrahunt eorum obligationi, *L.* (13) *servus*, *L. filius*, *C. de pact.* scilicet quia nihil in hac pecunia permissum est a patre filio aut a domino servo; certe nihil ejusmodi quo noceant. Sane si hi pecuniam paternam aut dominicam voluntate patris dominive crediderint, quod credendi tempore pacti erunt valebit, *L. sin autem*, *D. de pact.* quippe id contractus pars est; ut dicendum sit, si pater dominusve in reliquis partibus contractu uti velint, debere et ipsos (14) contractum in hac parte adversus se servare, *arg. in L. cum servus*, §. 1. illic, *sed adjicere debuit*, *D. si cer. pet.* et præterea regula juris est, ex qua persona quis lucrum capit in re aliqua, debere eum et ejus factum præstare; intellige, in eadem re, *L. ex qua persona*, *D. de reg. jur.* Quid, si hi peculio sibi permisso in re peculiari contraxerint, et cum eo quem sibi obligaverant pacti sint ne ea pecunia peteretur? Negat Cajus pactionem eorum ratam habendam esse adversus patrem dominumve, nisi liberam peculii administrationem habeant; nempe quia non aliter patri dominove facto suo detrahendi potestatem accipiunt, quam si liberam hujusmodi peculii administrationem eorum voluntate acceperint. Sed etsi liberam peculii administrationem habeant, negat Cajus ratum haberi debere pactum conventum, si hi donandi caussa de pecunia non exigenda pacti sint; eademque illa ratione scilicet, quia nec libera peculii administratione concessa, donandi atque hoc modo patri dominove nocendi jus concessum intelligitur: hoc ille in *L. contra*, §. *ult. D. de pac.* Recte: *non enim*, inquit alibi Ulpianus, *ad hoc ei conceditur libera peculii administratio ut perdat*, L. filiusfamilias, *D. de donat.* quo significat donare esse perdere, eoque nec donandi potestatem ea concessione contineri. At hoc quam recte videtur colligi? Esto enim donare sit perdere. Quid? an perdere ei non licet, cui omnia libere agere concessum est? Sane liceret, si modo hoc concessum esset omnia libere agere. Nunc autem id in hac re concessum non est. Concessa est hic quidem res libera; non tamen quævis, sed administratio dumtaxat ut, sive sit adstricta certis rebus administratio sive libera, utrobique tamen nihil amplius sit quam administratio. Quo posito, recte colligitur hac concessione non contineri jus donandi ideo quia donare sit perdere. Repugnant enim administrare et perdere: cum administrare sit res, ita curare ut serves et augeas, si possis; quibus contrarium facit qui perdit. Tunc ergo filius aut servus paciscendo ne pecunia a patre dominove petatur, his noceat constituta adversus eos pacti exceptione, cum in re peculiari a se contracta pacti fuerint, et liberam peculii administrationem prius acceperint; debitum autem ita (15) remittent, ut pro ea remissione accipiant tantumdem aut amplius: sic enim fit ne donent; idque ita interpretatur Cajus in *d. L. contra*, in fin. *de pact.* Idem dicemus, si in re dubia deficientibus aliis probationibus ad necessariam transactionem venerint, ut parte aliqua accepta actionem remitterent, *arg. in L. præses*, *C. de trans. L. tutor*, *D. de jurejur.*

XII. Quid procurator creditoris, qua potestate in hac re præditus est, vi creditori paciscendo noceat? Non alia, quam ut noceat, quatenus voluntate creditoris ita pacisci illi conceditur. Itaque nocere posse eum constat his (16) duobus casibus, si aut ei creditor specialiter mandavit ut pacisceretur, aut ipse ab eo in rem suam procurator datus est, *L. nam et nocere*, 12. *L. sed*

(13) Ubi ratio dubitandi, quia idem videtur dissolvere obligationem posse qui contrahere, *L.* 35. *de R. J.* Cui res, quod dominus vice servi contraxisse videatur. Don *ad d. L.* 3. Et hic contrariorum dispar dispositio, quia et diversa lucri ac damni ratio, Sich. *ad d. L.* 3. *n.* 2. Plane acquirere jussus potest non acquirere *L.* 3. *de her inst.* Sed eo ipso nihil adimit, nec idem judicium lucri cessantis quod damni, Don. *ibid. n.* 5. et Sich. *n.* 8.

(14) Ita et noster ad *L.* 3. *C. hoc tit. n.* 4. A. Fab. *ad d. L.* 29. aliud juris esse docentes si, pecunia dominica a servo prius pure credita, servus intervallo paciscatur ne ante biennium petatur.

(15) Neque enim tunc gratuito animo remissio facta, A. Fab. *ad d.* §. *ult.* Neque perditur pro quo tantumdem parte alia recipitur, sicuti perdit qui donat *d. L.* 7. *pr. de don.* Quo de confer Scip. Gentil. 1. *Parerg.* 1.

(16) Vid. Cujac. *ad L.* 10. §. *ult. et LL. seqq. h. t. et* A. Fab. *ibid.* qui et hic dominum qui mandavit, doli exceptione non pacti submoveri contendit, add. Valent. Guil. Forst. *de pact. C.* 5. *p.* 134. *et seqq.*

*si tantum*, seq. *D. de pact.* scilicet quia priore casu creditor hanc procuratoris potestatem esse aperte voluit; posteriore multo magis, dum eum velut dominum in re sua faciendo, in ea caussa esse voluit ut is de re pro suo jure posset libere statuere. Quod si generaliter procurator datus sit omnium bonorum, de hoc quidem itidem ut de superioribus simpliciter scriptum est in *L. rescriptum*, in fin. et *L. nam et nocere*, *de pact.* hujus quoque pactum domino nocere: sed hoc sic accipiendum est, quatenus per concessum creditoris conceditur. Quid igitur ei conceditur? administratio bonorum omnino; et ut maxime sit libera, tamen nihil nisi administratio; repugnat quidquam in negotiis volentem perdere; proinde et donare, ut ante ostendimus. Quare et hic si quid pactus sit de pecunia a creditore non petenda, ita rata erit pactio et nocebit creditori, si pro ea remissione procurator (17) tantumdem acceperit aut amplius; sin contra, non nocebit: quia quidquid ultra remittitur non necessario, donatur; quod ibi non concedi diximus. Nec mirum sit id nos dicere in procuratione omnium bonorum, cui libera administratio permissa est. Nam et eadem conceditur filiisfamilias et servis in re peculiari, quibus concessa est libera administratio peculii: neque his tamen aliter pacisci licet, ut patri aut domino noceant, *d. L. contra*, §. *ult. de pact.* Denique procuratori detrahe domini voluntatem in eo quod procurator etiam utiliter pacisci possit: quidquid pactus is erit, domini actioni nihil detrahet Exemplo sit is cui caussæ actio tantum mandata est; quem placet, quia litis decisio ei mandata non est, si de lite transigat, frustra pacisci, nec quidquam domini petitioni derogare, *L. transactionis*, 8. *C. de trans.*

XIII. Quid tutores et curatores, quo jure hic habentur? Eodem illo videlicet, ut pupillis et cæteris suæ curæ commissis paciscendo hactenus nocere possint, quatenus rectæ administrationis ratio patitur, non longius ne hi quidem. Itaque si actionem pupilli aut adolescentis pacto remittent, et pro eo tantumdem vel amplius accipiant, aut etiam transigendi caussa id faciant, (18) recte remittent et parient debitori exceptionem pacti conventi adversus dominos: sin per ambitionem aut gratiam aliquid remittant, dominis nullo modo nocent, *L. pactum curatoris*, *C. de pact.* *L. præses*, *C. de trans.* Hoc ideo quia his nihil amplius tributum est jure quam administratio. Et quod hi pro dominis habentur in rerum administratione, *L. tutor qui tutelam*. *D. de adm. tut.* hactenus verum est, dum administrent, non tutelæ aut curæ suæ traditos spolient, *L. qui fundum*, §. *si tutor*, *D. pro em.*

XIV. Quod ad testatorem attinet, quemadmodum quisque paciscendo heredi suo consulere potest eique pacti exceptionem acquirere: ita paciscendo ei detrahere potest, dum paciscitur ne unus aliquis ex heredibus petat quod ipse petere potuit, et reliqui heredes. Nam si heredem suum quivis novo etiam onere onerare potest ab eo quid relinquendo, *L.* 1. §. *pen. D. de leg.* 3. *L. ab eo*, *C. de fid.* quanto magis quod ad eum alioqui pervenire poterat, potest ei non dare? quod fit actionem ei detrahendo.

(17) Ita et Briss *Lib.* 3. *de Solut. p.* 436. Ant. Fab. *ad l.* 60. *de Procur.* Hinc nec procurator generalis transigere decidendi caussa potest, *d. L.* 60. *de Procur.* Ubi male Cujac. *in not. ad tit. l. de R. D.* pro *decidendi* reponit *diminuendi*, et probat A. Fab. *ibid.* ac *ad L.* 12. *h. t.* Qui idem tamen sui immemor 1. *Jurispr.* 7. *pr.* 4. *illat.* 5. Cujacium rectius refellit, quia in omni transactione est diminutio, *L.* 38. *de trans.* Nam licet ex. gr. dederit 100. ut fundum dignum 500. consequatur, tamen deminuit cum ét non possidens in bonis habuisse intelligatur propter actionem, *L.* 15. *de R. J.* Imperite vero Jerem. Sester. *Lib.* 4. *de jurum. Cap.* 2. *n.* 31. Cujacii emendationem, nulla licet illius mentione, sic adstruit. Decisio significat transactionem Ridicula itaque locutio: transactio decidendi caussa, quasi dicas: Transactio transigendi caussa. Quasi vero hi termini æque late pateant. Immo transactio, etsi quandoque decisio litis usurpetur, *L.* 7. *L.* 19. *Cod. de tran.* Don. *ad rub. C. eod. n.* 9. per synecdochen; per se tamen non tam species est decisionis, quam caussa et modus lites decidendi, sicuti et jusjurandum et res judicata. Quare uti non inepte dicitur juramentum litis decisorium, nec perinde est ac si diceres jusjurandum juratorium, ita et hic etc. Plane de re vere dubia, et ubi transactio prodest mandari, illa rata est, arg. *L.* 12. *Cod. de trans. etc.* Sed ea huc non pertinet, ubi quando nocere possit procurator tractamus.

(18) *L.* 28. 8. 1. *hoc tit.* Et horum quidem pacta nunquam nocent, cum non mandatum a pupillo habere intelligantur, sed a lege quæ solum dat facultatem bene gerendi, A. Fab. *ad L.* 15. *hoc tit.* inferens horum non eandem rationem esse quæ est procuratorum sed his minus licere. Confer *supra Lib.* 13. *Cap.* 12. Curatoris quoque Rei . remissio pacto facta nocet, *L.* 37. *h. t.* Cui objici solet *L.* 5. *Cod. de Usur.* de quo alibi. Magistri autem societatum pactum obest, *L.* 14. *hoc tit.* de rebus scilicet ad societatem pertinentibus quarum illi cura mandata est, Cujac. et Ant. Fab. *ibid.*

His modis exceptio pacti adversus auctorem constituta. deinceps per consequentiam sequetur ejusdem heredes, nec heredes solum, sed etiam (19) singularum rerum successores. Ut. si venditor fundi ante pactus sit ne eum fundum peteret a possessore, vendito eo fundo, emptor eadem exceptione pacti summovebitur, *L. si tibi*, §. *pactum*, *D. de pact.*

XV. Ad extremum pacti exceptio competit de ea re de qua convenit: quæ res pacto non continentur, ad eas pacti exceptio non pertinet. In quo hæc definitio Pauli tenenda est, animadvertendum esse ne conventio (20) in alia re facta, aut cum alia persona, ne alia re aliave persona noceat, *L. si unus*, §. *pacta*, vers. *ante*, *D. de pact.*

XVI. Exceptioni pacti conventi finitima est jurisjurandi exceptio; quinimmo iisdem regulis juris prope per omnia continetur, ut quæ de exceptione pacti conventi modo dicta sunt, huc translata naturam hujus exceptionis non difficile explicent: quo breviores in hac specie nunc esse debemus. Id autem accidit ex eo quod jusjurandum litis decidendæ caussa interpositum, de quo nunc loquimur, conventionem in se habet, et a qua proficiscatur et propter quam maxime, ac non tantum propter religionem servatur. *L. sed etsi*, 25. *L. qui jurasse*, seq. §. *ult. D. de jurej.* Unde et jusjurandum speciem transactionis continere dicitur. *L.* 2. *L. admonendi*, in fi. *D. eod.* Quapropter quæ in exceptione pacti conventi inter debitorem et creditorem servari diximus propter conventionem, eadem necesse est propter eandem conventionem et pro debitore jurante, et adversus creditorem jusjurandum deferentem servari: idque ita in singulis partibus superioribus ita esse reperiemus. Quemadmodum igitur debitori exceptio pacti competit, sive ipse pactus sit ne a se petatur, sive ne petatur ab eo alii pacti sint per quos ei exceptio acquiri potuit, ut qui sunt in ejus potestate, item procurator, tutor, actor municipium, fidejussor; ita et eidem jurisjurandi exceptio est, sive ipse adversario deferente juraverit se nihil debere; sive eum nihil debere juraverint iidem illi qui pacto prodesse ei potuerunt, servus, filius, procurator, tutor, et cæteri. Idem et adversus creditorem valet. Sicut igitur adversus creditorem nascitur pacti exceptio, sive ipse pactus sit ne peteret, sive ne peteret pacti sint alii penes quos ea potestas fuit, quos supra indicavimus; similiter et jurisjurandi exceptio adversus eumdem est, sive jusjurandum ipse detulerit debitori, sive iidem illi detulerint qui paciscendo nocere potuerunt. Et rursum quemadmodum pacti exceptio competit solum de re pacto comprehensa; sic et jurisjurandi exceptio de ea re solum de qua ex delatione juratum est. Atque hæc, inquam, omnia ex eo quod jusjurandum hujusmodi per omnia hæc constat conventione. Si quis tamen harum rerum pleniorem explicationem et certiorem auctoritatem juris desiderat, sumere potest ex illis quæ scripsi ad Titulum *De jurejurando cap.* 7. ubi hæc exceptio a me tractata est ex professo.

(19) Eadem tamen distinctione pacti personalis et realis servata, *d.* §. 5. *L.* 52. §. 1. *L.* 57. §. 1. *hoc tit.* Unde pactum venditoris rem afficiens nocet emptori, *ut supra ex* Moller. *not. h. C. N.* 11. *vers. Quomodo.*

(20) Cur enim valeat pactum, quoad eum cui nulla fides data, A. Fab. *in d.* §. 4. reprobans doctrinam vulgo DD. pacta esse juris; cum omnino juris non sint, sed facti. Quæ tamen salvari potest, si intelligas jus ex pactis proveniens non ultra verba et mentem convenientium. Vid. *de d.* §. 4. *in fin.* Con. nu. 5. *Comm.* 4. *n.* 9. Enimvero quandoque aliis nocet pactum; ut si major pars creditorum convenerint, certamque partem debiti remittant, servata forma rescripti, de quo vid. *L.* 7. *ult*, *L.* 8. *L.* 9. *et L.* 10. *pr. ibique* Cujac. Hot. et A. Fab. Duar. *h. t. Cap.* 6. *n.* 10. Pac. 1. *Enant.* 89 Moller. 4. *Semestr.* 6. et omnino Trentacinq. *Lib.* 3. *Pract. Resol. tit. de Solutionib. Resol.* 3. Joan. Meichsner. *tomo* 3. *Decis. Cam.* 21. Jus tamen hypothecæ tali pacto non tollitur aut minuitur, *d. L.* 10. *in pr.* vers. *hæc enim.* Quem versiculum tamen solita audacia ut Tribonianismum damnat immerito A. Fab. *ibid.* Quare nec reliquas accessiones auferet. Unde etsi pactum plurium creditorum noceat paucioribus, pro portione remissa actoris contra debitorem cui remissio facta ejusve heredem, non tamen si contra fidejussorem experiantur *per L.* 58 §. 1. *Mand.* Mathesilan. *sing.* 104. Fr. Cremens. *singul.* 22. Et facit §. *ult. in fin. I. de replic.* Vid. tamen post alios Hering *de Fidejuss. C.* 22. *n.* 82.

## CAP. V.

### De exceptione rei judicatæ, quibus, adversus quos, qua de re competat.

*Exceptio rei judicatæ reo prodita firmitate nititur atque auctoritate judicatarum rerum* (*Unde talis auctoritas.*) I.

*Competit debitori sive per hunc quæsita sive per alios: Qui alii.* II.

*Quæsita debitori pertinet ad ejus successores et accessiones omnes.* III.

*Competit adversus creditorem, sive judicata res fuit adversus ipsum, aut alios ejus nomine agentes: qui sint hi alii.* IV.

*Item adversus ejus heredes et alios omnes successores.* V.

*Judicatæ rei exceptio competit* eadem de re *dumtaxat:* rem eandem *tria faciunt et sola.* VI. XXVII.

1. *Idem corpus, quantitas eadem, atque jus idem quod petatur; iterum sive solum sive conjunctum; aut pars aliqua.* VII.

Vel corporis antea petiti: *quando pars hujus iterum petita intelligatur, aut secus.* VIII. IX.

Vel quantitatis: *qualis ex S. C. Pauliano furti hujus species.* X.

Vel juris: *cujusmodi hic exemplum ex S. C. Pomponiano.* XI.

*Qui victus in intineris petitione, si deinde actum petat aut vicissim, non petit jus idem; atque ideo non huic obstat exceptio.* XII.

*Contra exceptione repellitur qui ex pluribus antea simul petitis rebus aliquid rursus petit.* XIII.

*Non ob stat judicatæ rei exceptio, cum non eadem, at diversa res petitur. Exempla.* XIV.

2. *Eadem petendi caussa non olim. An sit eadem ex origine petitionis dignoscitur.* XV.

*Si aut fuit priori judicio caussa nominatim adjecta, aut petitione generali dominii comprehensa. Quid juris in utraque.* XVI.

*Caussa etsi alia, si posterior aut genere aut tempore, obstat exceptioni: qualis utraque. Posterioris exempla.* XVII.

3. Eædem personæ: *secus si aliæ; et quando aliæ. Exempla.* XVIII.

*Quare* aliis *non obstet exceptio. Hinc regula:* res inter alios judicata aliis non præjudicare. XIX.

*A qua tamen excipiuntur* 1. *victoris rei successores et accessiones omnes.* XX.

2. *Victi actoris successores, et hi etiam singulares.* XXI.

*Singularis successor exceptione repellitur, si post rem ab illo quæsitam auctor fuit judicio superatus; secus si antea.* XXII.

*Sed et hoc posteriore casu non obstat exceptio, si auctor egerit ignaro; non ita, si sciente et patiente successore.* XXIII.

*Excipiuntur et caussæ, quæ præjudicia sive præjudiciales actiones nuncupantur: exempla hic ex testamento petita enucleatius exposita.* XXIV. XXV.

*Summa rerum.* XXVI.

I. Exceptio rei judicatæ comparata est tuendorum reorum caussa, secundum quos res judicata est. Proponendæ ratio hæc fuit, quod reus sententia judicis absolutus non eo minus adhuc (1) tenetur jure, sive cum eo actum sit in rem, sive in personam §. *item,*

(1) Siculi nec dominium per sententiam cuiquam tribuitur vel adimitur; vid. *supra Lib.* 20. *C.* 6. *N.* 4. Gœd. *de Sequestr. Cap.* 1. *n.* 128. Don. ad *L* 2. *C. de probat.* Nec si injuria succubuit dominus rei vindicatione, eo minus in dominium ejus alius succedit, tametsi et is agens exceptione hac repellatur, *L.* 28. *hoc tit. L.* 3. §. *ultim. de pign.* Nec qui per injuriam vicit, rei vindicationem contra alios consequitur *d.* §. *ult.* Hot. 6. *Observ.* 23. Cujac. 27. *QQ. Papin. ad d. L.* 28. Diss. Gilken. *de Præscr. p.* 2. *membr.* 1. *C.* 21. *n.* 6. *et seqq* Tunc vero actio ipso jure non sublata, quando sententia absolutoria injusta in judicatum transiit. Secus si justa, ut si objecta exceptio peremptoria legitima, ut rectissime post Bart. in *L. si plures* 23. *pr. de fidei.* Mathesilan. *Sing.* 97. etsi *ibid. in addit.* Gabr. Sarayna vulgo contra sentiri scribat Nam ita Theoph. *in d.* §. 5. *I. de exc.* actiones efficaces (i, so jure) manere (non semper, sed tunc) ubi victus sum, sive quod judici obre tum fuerit, sive me nimia celeritate præcipitaverim, sive judex male pronunciaverit. Et firmantur hæc ex iis quæ *supra adnot. C.* 2. *N.* 9. Plane non ideo minus audietur hæc exceptio objecta, ubi prior sententia justa. Nam et ubi

*si*, *Inst. de exc.* Non enim si judex pronuntiat nullum jus actoris esse, idcirco id ita est; cum fieri possit, ut judex male judicarit, et injuriam fecerit actori vel per imperitiam, vel per sordes, vel gratiam. Sed quod in re fortasse non est, id visum est auctoritati rerum judicatarum tribui, ut sive jure sive injuria judex judicarit, rei judicatæ a qua suo tempore appellatum non sit omnimodo stetur, nec quidquam deinceps inter easdem personas amplius quæratur quam an judicatum sit, *L. cum prolatis*, *L. post rem. D. de re jud.* propositaque est in eam rem vincenti, si actor est, etiam actio quæ dicitur judicati, *L.* 4. §. 1. *L. miles.* §. *ult. D. eod.* multoque magis si reus est, exceptio quæ appellatur rei judicatæ, *d.* §. *item si. Inst. de exc.* Unde ergo hæc auctoritas rebus etiam injuria judicatis si quis quærat, respondent veteres (2) publicam utilitatem id exegisse: de quo sic Mecianus in *L. servo*, §. *cum prætor*, *D.* ad Treb. *cum prætor*, inquit, *caussa cognita per errorem vel etiam ambitionem, juberet hereditatem ut ex fideicommisso restitui, etiam publice interest restitui, propter rerum judicatarum auctoritatem*, id est ut res judicatæ suam auctoritatem teneant. At quæ in eo utilitas publica? explicat Paulus in *L. singulis*, 6. *D.* de exc. rei jud. *Singulis controversiis*, inquit, *singulas actiones, unumque judicati finem sufficere, probabili ratione placuit; ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur. Parere ergo exceptionem rei judicatæ frequens est.* Significat utilitatem hanc esse, quod si rebus judicatis non stabitur, nullus futurus sit litium neque finis neque modus. Atque hinc scilicet perpetuæ lites, et ex litibus civium discordiæ; quæ cum rebuspublicis exitiosæ sint, necesse est in eo publicam utilitatem agnosci, si quid ejusmodi est quo huic malo in republica occurratur. Id autem fit, publica ista auctoritate rebus rite judicatis tributa, ut eas prætor tueatur; tuetur autem actiones ex his et exceptiones dando, *L. inter*, §. 1. *D. fam. erc.*

II. Competit rei judicatæ exceptio reo secundum (3) quem res judicata est, sive in actionibus in personam debitor est cum quo agitur, sive in actionibus in rem possessor: quod de uno diximus, de altero similiter ut in superioribus exceptionibus dictum intelligendum est. Debitori ex hac caussa sic exceptio rei judicatæ competit, sive per eum illi quæsita sit sive per alios: nam et per alios ei acquiri potest. Illi per ipsum quæ-

ipso jure nulla fuit actio, et reus priori judicio absolutus, vel quia nihil unquam debuerit, vel quia solverit; dari tamen ei postea denuo convento hanc exceptionem non ambigitur. Neque is necesse habet eodem modo se defendere quo judicio priori. Conf. not. *supra C.* 1. *N.* 4. *sub fin.* Neque enim quæritur hac exceptione objecta de eo quod judicatum, jurene an injuria, sed an judicatum, *L.* 56. *de re jud.* arg. *L.* 5. §. 2 *de jurej.* Neque ideo hæc exceptio intentionie est, vel facti, ut Rosbach. *Process. tit.* 41. *n.* 14. etsi vocetur litis finitæ *Cap.* 1. *de lit. contest. in* 6. Asin. *Praxi* §. 13. *C.* 9. *n.* 11. Zang. *de Exc. P.* 3. *Cap.* 17. *n.* 109. Quo de *Infra Cap.* 8. *N.* 8.

(2) Scite Cassiodor. 1. *Var. Epist.* 5. *In immensum*, ait, *trahi non decet finita litigia. Quæ enim dabitur discordantibus pax, si nec legitimis sententiis acquiescant? Unus inter procellas humanas portus instructus est, quem si homines fervida voluntate prætereunt, in undosis jurgiis semper errabunt.* In eandem rem plures exstant in Orationibus Ciceronis sententiæ, pro Flacco, pro Balbo, pro Sylla, pro Cluentio, pro Roscio etc. Lenglæ 5. *Semestr.* 2. Petr. Fab. 1. *Semestr.* 21. Wesenb. *Par. D. h. t. n* 2. Unde idem Cicero 4. Verrina, in Verrem invehitur, quod de judicata judicaverit. Et Quintil. passim veterem legem memorat: Bis de eadem re actio ne esto, Hot. 6. *Obs.* 32. Quæ ab Atheniensium LL. sumpta Demosth. *Orat. contra Leptinen*: Leges vetant ne bis cum eodem de iisdem rebus ullo judicio aut ratione agi liceat. Quo respiciunt ille *Terent. Phorm. Act.* 2. *Sc.* 3.

*Quandoquidem solus regnas, et soli licet*
*Hic de eadem caussa bis judicium adipiscier.*

Hinc Proverbium ortum: Actum ne agas, Terent. *d. Sc.* 3. Actam rem egis, Plaut. *Cistell.* 4. *Sc.* 2. *et Pseud.* 1. *Sc.* 3. Donat. *ad Terent. d. Sc.* 3. et *And.* 3. *Sc.* 1. Langlæ. *d. loc.* Et nec e judice arbitrium habente hæc exceptio rejici potest; vid. Menoch. *Arb. Q.* 52 Quin mulctetur judex laicus vel ecclesiasticus, si eam rejecerit. *Cap. ult. de exc. in* 6. idem Menoch. *Arb. Ca.* 439.

(3) Nunquam autem ei contra quem judicatum, *L.* 16. *hoc tit.* Fac. *L.* 9. §. 1. *h. tit. L.* 16. §. 5. *de pign.* Neque huic contrarium quod condemnatione sortis tantum facta, nec de usuris, si de iis alia actio non sit, priori actione conventus exceptione hac se tuetur, *L.* 4. *C. Depos.* Id enim quis per consequentiam de iisdem usuris sententia absolutus censetur; vid. Don. *ad d. L.* 4. *et* Jo. Petr. Surd. *dec.* 69. Atque hinc ergo *d. L.* 4. vult Zang. *P.* 3. *Cap.* 17. *n.* 32. fundo petitori adjudicato, nulla fructuum mentione, fructus eos qui officio judicis præstandi, postea petenti hanc exceptionem obstare. Confer *supra Lib.* 20. *C.* 6. *n.* 3.

ritur, cum judicio adversus eum instituto ipse absolutus est; quo modo maxime res dicitur secundum eum judicari: de quo nulla dubitatio est. Quæritur ei per alios, cum ejus nomine judicio actum est cum aliis defensionem ejus suscipientibus, qui rem in judicium deducere potuerunt, et res secundum eos judicata est. Sic enim judicatur secundum eos, ut vi ipsa judicetur præcipue secundum eum cujus caussa agitur, dum pronuntiatur id quod petitur non deberi. In hoc numero sunt tutor, curator, procurator, actor municipum. Hi omnes eorum nomine quorum res gerunt, rem in judicium ita recte deducunt, ut si defensione reorum nomine suscepta absoluti sint, pariant dominis ipsis rei judicatæ exceptionem. *L. si mater, §. hoc jure, D. de exc. rei jud.* Quin etiam, etsi quis sine mandato defensor rei exstiterit, Ulpianus scribit etiam hunc ex parte rei numerandum, qui similiter ut superiores rem in judicium deducat; significans etiam per hunc, si absolutus sit, exceptionem rei judicatæ domino acquiri, *d. L. si mater, §. hoc jure.* Nec quem moverit quod hic defensor ab initio mandatum non habens non potuit rem in judicium deducere. Satis est, si dominus, re postea cognita, (4) ratum habet quod gestum est. Sic enim ratihabitio mandato comparatur et trahitur ad id tempus quo primum res geri cœpit, ut hic videatur retro res in judicium recte deducta, *L. licet, D. de jud. L. vero, D. de sol. L. ul. C. ad Maced.*

III. Per hos debitori isto modo quæsita rei judicatæ exceptio incipit ex communi omnium exceptionum peremptoriarum lege per consequentiam etiam pertinere ad successores et accessiones omnes, ut his deinceps non minus competat quam principali reo. Quæ ergo alicui competere cœperat de fundo quem possidebat eadem fundo vendito ex persona auctoris emptori dabitur, *L. si a te, 9. §. ult. D. de exc. rei jud.* multoque magis mortuo reo transibit ad heredes eosdemque universi juris successores. Sic dabitur et rei fidejussoribus, *L. si cum argentum, §. ult. D. eod.* nec minus et aliis accessionibus ejus obligationis. Qua ratione, si cum filiofamilias suo nomine obligato actum sit, re secundum eum judicata, eadem exceptio patri dabitur, si cœperit ex persona filii conveniri, *L. si mater, §. si quis hominem, de exc. rei jud.*

IV. Ut exceptio rei judicatæ principaliter competit debitori secundum quem res judicata est, vel ipso caussam agente, vel ejus nomine aliis qui rem in judicium deducere potuerunt; sic competit principaliter adversus quem res eo judicio judicata est, absoluto eo cum quo agebatur. Idque ita est similiter ut in debitore, sive ipso agente res judicata erit, sive judicata aliis agentibus, quibus licuit rem in judicium deducere. In hoc numero jam dixi esse hos quatuor, tutorem, curatorem, procuratorem, actorem municipum: quorum priores duo jure muneris publici quod gerunt, ita in rerum pupilli aut curæ suæ commissorum administratione pro dominis habentur, ut placeat eos nomine eorum quorum res gerunt, non solum judicio agere posse sua auctoritate sive alio mandato; sed etiam rem in judicium deducere sine ulla cautione dominum rem ratam habiturum, *L. tutor qui tutelam. L. vulgo, D. de administr. tut.* duo posteriores agendi potestatem voluntate et mandato ipsius domini constitutam habent. Hi, inquam, nomine dominorum ita rem in judicium deducunt ut, si his agentibus res adversus eos judicata sit, parata sit rei judicatæ exceptio etiam adversus dominos quorum nomine judicio actum est, *d. L. si mater, §. hoc jure, D. de except. rei jud.* Et hoc est quod definitur in *L. 4. D. de excep. rei jud.* rei judicatæ exceptionem tacite continere videri omnes personas quæ rem in judicium deducere solent, quales sunt superiores quatuor. Dicuntur hæ personæ contineri exceptione rei judicatæ, quia sive hæ reum defendant in judicio, et secundum eas res judicata sit, nascatur reo rei judicatæ exceptio; sive ipsis agentibus res secundum eas judicata sit, nascatur adversus dominos ipsos eadem exceptio.

V. Atque his modis exceptione rei judicatæ adversus dominum constituta, evenit per consequentiam ut eadem transeat adversus heredes omnesque alios successores; adeo ut exceptio noceat etiam ei qui in rem et jus privatum successit ejus qui judicio expertus victus est, *L. exceptio, D. de exc. rei jud.* Itaque quod dicitur in *L. si a te, 9. §. ult. D. eod.* exceptionem rei judicatæ a persona auctoris ad emptorem transire solere, hoc ad emptorem transire sic accipiendum est, ut tam pro emptore intelligatur quo ei exceptio detur, si in jus rei absoluti successerit, quam adversus eum ut exceptione summoveatur, si successerit in jus actoris superati. Qua ratione placuit eandem exceptio-

(4) Quo faciunt not. *supra Lib.* 18. *C.* 12. *N.* 2. vers. *Sed quid si sententia etc.*

nem ex persona auctoris qui pignus creditori suo dedit nocere creditori, si posteaquam auctor victus erat pignus datum sit, *L. si mater*, §. *ult. D. de exc. rei jud.*

VI. Utcumque autem res pro reo adversus actorem judicata sit, et adversus eundem dem iterum agatur; nunquam tamen victori reo rei judicatæ exceptio competit, nisi agatur de eadem re de qua prius judicatum est, *L. cum quæritur*, 12. et duabus seqq. *D. de except. rei jud.* Hinc quæsitum hoc loco quæ sit eadem res quæ iterum petitur, quæ alia, ut illic noceat; hic cesset exceptio. Eandem rem in hac quæstione tria faciunt, si (5) concurrant. Primum, id ipsum de quo prius actum est, puta corpus idem, ut Stichus, fundus Tusculanus, aut quantitas eadem, ut decem, viginti; aut jus idem, ut proprietas, ususfructus, iter, prout hæc priore judicio petita sunt et nunc de his agitur: secundum, caussa agendi eadem: tertium eædem personæ inter quas et nunc agatur. Hæc, inquam, si concurrant in eam rem de qua agitur, eadem res est, nocebitque de ea re agenti rei judicatæ exceptio. Sin horum quid desit, res est alia de qua agenti exceptio non obstabit: hæc ita definita in *d. L. cum quæritur*, 12. et 2. seqq. *L. cum de hoc, de exc. rei jud.* Quæ qualia sint, sigillatim spectemus.

VII. Corpus, quantitas, jus idem sine dubio tum intelligitur, cum totum idem petitur quod prius: neque intererit utrum id petatur per se solum, an vero conjunctum cum aliis rebus: aliarum enim rerum adjectio non facit quominus et illa petita sit quæ vere petita est. Et ideo cum quis rem unam aliquam hereditariam petiit, si victus hereditatem petat in qua ea res sit de qua prius actum est, non faciet alterius nominis appellatio et comprehensio quominus verum sit eandem illam rem peti; eoque et in ea re nocebit agenti rei judicatæ exceptio, *L. si quis cum*, 7. §. *pen.* in fi. et §. *ult. D. eod.* Tantum in corpore petito hoc tenendum erit quod Paulus monet in *L. et an eadem*, in pr. *D. eod.* idem corpus in hac exceptione accipi debere quod substantia eadem est qua fuit tum cum ab initio petitum est, etiamsi de qualitate aut quantitate aliquid decesserit, aut contra aliquid accesserit extrinsecus: ut puta, petito grege, si postea aucto vel minuto numero gregis iterum is grex petatur, idem grex peti intelligitur, obstabitque petendi exceptio, *L. si cum argentum*, §. 1. *D. eod.* Sed etsi non totum petatur id quod prius petitum est, sed (6) pars tantum, idem peti intelligitur: nocetque hactenus exceptio rei judicatæ, quoniam pars in toto continetur, *d. L. si quis cum*, in pr. *eod. L. in toto et pars, D. de reg. jur.*

VIII. An pars in corporibus petatur necne, sic de eo statui poterit. Videndum est an ante corpus unum petitum sit an plura. Si unum, pro parte id habebitur quidquid eo corpore continebatur tunc cum de eo prius actum est, et quo id corpus constabat; sive id adhuc contineatur eodem corpore cum iterum petitur, sive exemptum separatumve postea eodem corpore teneri desierit; ac quidquid petetur hujusmodi, tanquam parte petita, placet obstare exceptionem; ut, si quis fundo petito, deinde partem ejus fundi dimidiam petat sive adhuc indivisam, sive divisam: si petitis ædibus, postea petat aream: Idem est, si corpore aliquo petito, aliquid petat eorum quæ inde nata sunt, sive adhuc cohæreant sive sint separata: ut si petat arbores ex fundo prius petito excisas; fructus ibi natos; aut petita ancilla, postea de partu agat, *d. L. si quis cum* 7. in pr. (7) §. 1. §. *de fructibus, eod.* Quin etiam si

(5) Quæ conjunctim requirantur, *L.* 14. *pr. h. t.* ut deficiente uno corruat exceptio, Cujac. 70. *Pauli ad Edict.* ad *d. L.* 14. Hot. *ad L.* 2. *Cod. de judic.* P. Fab. 1. *Semestr.* 21. Zang. *P.* 3. *Cap.* 17. *n.* 5. Paul. Æmyl. *Decis. Rotæ* 93. *p.* 3.

(6) *L.* 133. *de R. J. L.* 6. *de R. V.* Confer *supra Lib.* 20. *Cap.* 4. *n.* 21. Unum et idem quadripartito distributum tradit Ant. Massa Gales. *de exercit. juris perit. Lib.* 1. Aut enim numero, ait, aut specie, aut genere, aut analogia seu similitudine caussæ et rationis idem dicere solemus.

(7) Unde Zang. *P.* 3. *C.* 17. *n.* 27. *et seqq.* docet sententiam pro reo latam in principali parere eidem exceptionem in accessorio, ut partu et fructibus. Nec distingui vult an partus aut fructus jam ante nati fuerint cum ancilla aut fundus peteretur. Quia et ipsi quod judicatum est ancillam petitoris non esse, consequens est nec partus aut fructus quandocunque natos ad eundem spectare. Et hic non plane petitur res diversa, sed ad idem corpus pertinens; cum partus et fructus ex ancilla fundoque nati sint. Ac etsi non eadem res foret, tamen eadem quæstio, de proprietate scilicet ancillæ aut fundi, prius decisa revocari inter eosdem non posset per *L.* 7. §. 4. *h. t.* Ibid. Zang. *n.* 30. mavult in *d.* §. 3. citra negationem legere *exceptio noceat* quod et Accurs. id notet. Et nostrum quoque ita affirmative legisse apparet. Tutius tamen tutius est vulgatam et Florentinam lectionem *exceptio non noceat.* Nam versic. *plane d.* §. 3. arguit in priori membro *ejusdem* § diversam decisionem. Nec *d. L.*

quis cum petiisset gregem, postea speciale aliquod corpus ex grege, quod modo in grege fuerit, petat; is existimatur velut partem petere, quia grex ex eo corpore constiterit; placetque (8) ob id ei exceptionem obstare. *L. si cum argentum.* 1. §. 1. *eod.*

IX. Hic ex omnibus rebus uni alicui corpori cohærentibus excipiuntur in ædibus cæmenta, lapides, tigna; in navi singulæ tabulæ. Nam is qui ædes petiit, si cæmenta postea, vel tigna, vel quid aliud ædibus junctum suum petat; in ea conditione est ut videatur aliud petere, eoque recte petat et sine metu exceptionis: hoc Ulpianus in *L. si quis cum*, 7. §. 2. *illic, sed in cæmentis D. de exc. rei jud.* Hoc quidem ille negaverat obiter in principio ejus capitis his verbis: *nam nocebit exceptio. Idem si quis fundum petierit, mox arbores excisas ex eo fundo petat; aut insulam petierit, deinde aream, vel lapides petat: item si navem petiero, postea singulas tabulas vindicem.* Sed quod hic exempli tantum caussa et velut aliud agens posuerat, id corrigit postea et mutat ex professo in lapidibus, cæmentis, et tignis in (9) §. 2. addita ea ratione ex qua facile intelligere liceat hoc idem illum et de tabulis navis sentire. Cur ergo hoc ille in his rebus dissimiliter atque in fructibus fundi, arboribus excisis, partu ancillæ; cum cæmenta et tigna non minus ejusdem corporis ædium quandoque partes fuerint, certe ita habita sint ut eodem corpore pariter continerentur, his ædes con-

7. §. 1. indistincte loquitur, sed valde restricte, et ipso jus regulare adversum convincens. Tunc nimirum exceptio nocet partum petenti ubi et ancilla ceu prægnans petita, et post litem contestatam ea perperit. Quippe hic partus una in judicium deductus. Nec obsistit quod post litem contestatam concepit, itaque initio prægnans non fuit, in quo præcipua dubitandi ratio *d.* §. 1. Nam ad id resp. peti potest ex *L.* 27 §. 1. *de R. V.* et ex iis quæ *supra Lib.* 20. *C.* 5. *n.* 5. *et seqq.* Nec apta illatio Zangeri *d. n.* 30. *et* Goth. *in d.* §. 3. De fructibus eadem quæstio quæ de partu. Ergo fructus petenti ei qui fundo petito prius victus, exceptio nocet, quia et partum petenti nocet *d.* §. 1. et proinde affirmative legendum *d* §. 3. *exceptio noceat.* Nam immo *d.* §. 1. in certa tantum specie exceptioni locum dat, et quidem ita demum vel ea conditione, si posteriore partus petitione eadem quæstio proprietatis ancillæ revocetur. Ita autem inferendum, ne illatio vi præmissarum amplior sit; ergo, quo casu, quibus concurrentibus, partum petens idem petere videtur, *d.* § 1. eodem, et iisdem conditionibus, qui fundo petito victus, fructus ejusdem petens exceptione repellitur: item et si et fundum cum fructibus petiit, et fructus novo judicio petiti post litem contestatam prioris judicii nati atque percepti. Denique vers. *hæc enim d.* §. 3. negantem sententiam ex o cit; nam illis verbis ratio decisionis redditur talis: Si post prius judicium nati fructus, non possunt videri in idem judicium venisse, aut eodem petiti esse, qui eo tempore ne erant quidem. Ac etsi, ut partus portio viscerum, ita fructus pars fundi; tamen tantum quousque pendent, non cum resecti, *L.* 44. *de R. V.* et *simil.* Ad rationem Zangeri resp. *infra h. Cap.* N. 10.

(8) Nam et hoc veluti pars totius. Et ut Hot. *Ill. Q.* 33. Totum concretum bifariam spectatur. Ut totum et partes, item ut universum et res singulæ. Quippe ut partes toto, ita res singulæ universo continentur. Ut illius interitu partes pereunt, et contra, ita et hic. Quare uti res judicata de toto ad omnes partes, ita et de universo vel universitate ad res singulas pertinet, *id. in illust. Q.* 32, ubi pluribus tractat in quibus totum ac universitas conveniant vel discrepent. Add. Tiraq. *ad L.* 8. *C. de revoc. don v. totum* Zas. *in L.* 23. *pr. de acq. poss. n.* 7. *et seqq.*

(9) Minime. Nam et *d.* §. 2 nec verbulum de nave nec quidquam ex quo appareat Ulpianum quod ante dixerat de nave corrigere; quin et alias perquam improbabile est quod expresse decisum *L.* 7. *in pr.* aliis interjectis postea tacite et per quandam subauditionem mutari. Immo nec secum noster convenit qui, ut est *supra Lib.* 4 *C.* 12 *n.* 5. statuit eundem tabularum esse dominum qui est navis. Quod si ita esset, ratio prior quæ in *d.* §. 2. non modo non conveniret navi, sed plane adversa foret. Ac sane si ita esset, hæc ipsaque satis firma esset caussa differentiæ inter tabulas navis et tigna ædificii. Quam fere reddit Zas. *ad d. L.* 7. *n.* 6. ita: Destructa domo, rudera et cœmenta separata aliæ res sunt. Ergo etsi ex eadem caussa petantur qua prius petita domus, scilicet ratione dominii, non obstat exceptio, quia prius non erat actio ad tigna illa et lapides, nunc autem est. Nam si ex lignis meis extructa domus, amisi actu dominium materiæ, quandiu domus existit, quia ejusmodi materia potestate juris extincta, *L.* 7. §. 10 *de acq. do.* Dissoluta domo, iterum emergit dominium, sicut ignis cinere tectus. Aliud in nave; quia si tabulæ meæ sunt, sive navis jam compacta sive soluta, manet mihi dominium tabularum, immo et ipsa navis erat mea, *d. L.* 7. § 7. Et si dominium navis meum non esse judicatum est, nec tabulas meas esse quarum dominium ad me, soluta navi, redire non potuit, ita Zas. et probat Goth. *in d.* §. 2. Zang. *d. C.* 17. *n.* 24. Sed hujus rationis pars altera navem concernens, falsæ hypothesi innititur quam redargui *supra Lib.* 4. *C.* 12. N. 3 cum et *d. L.* 7. §. 7. ex Sabini et Cassii sententia navis dominium domino tabularum tribuat, non autem ex media sententia erciscundorum quæ subjicitur, sed immo ejus qui exstruxit, *L.* 26. *eod. ut d. Cap.* 12. N. 3. Alia itaque ratio investiganda.

starent, ut videtur, non minus quam grex singulis ovibus inter se distantibus? Differentiæ ratio duplex est: una, quod fructus, arbores et quæcunque nascuntur ex fundo vere sunt pars fundi, quandiu cohærent; *L. fructus pendentes, D. de rei vind.* ut partus pars viscerum matris priusquam nascatur, *L. 1. §. ex hoc, D. de insp. vent.* Sed et singula capita gregis sunt pars gregis: hæc enim juncta, quamvis inter se distantia, id corpus efficiunt, quod gregem appellamus, *L. rerum, D. de usuc.* At tigna, lapides, cæmenta proprie non sunt pars ædium. Conjunge enim innumera ut libet, nisi aliud accesserit, hæc ædes non constituent; molem et struem lapidum aut lignorum dicere possis; ædes certe non erunt. Illæ proprie ædium partes sunt, quibus positis, exstruitur domus: una aliqua detracta, domus non est, fundamentum, parietes, tectum. Altera ratio quæ hic redditur ab Ulpiano in cæmentis et tignis hæc est: *etenim*, inquit, *cujus insula est, non utique et cæmenta sunt: denique ea quæ juncta sunt ædibus alienis, separata dominus vindicare potest.* Quæ ratio si explicetur (est enim, ad id de quo quæritur, paulo obscurior) hanc differentiæ rationem indicat: quod arbores et fructus fundi si petantur, necesse est (10) peti ex eadem caussa ex qua et fundus ab actore prius petitus erat. Hæc enim omnia fundi jus sequuntur eique cedunt, ut non alius ea esse possint quam cujus est fundus nec ex alia caussa, *L. adeo, §. ult. L. qua ratione, in pr. D. de acq. rer. do.* similiter et partus matrem sequitur, *L. partum, Cod. de rei vindic.* Ne singula quidem capita gregis possunt alio jure ad aliquem pertinere quam quo jure et grex ad eum pertinuit: si modo vere fuerint capita ejusdem gregis. At lapides, cæmenta, tigna si destructo ædificio vindicentur ab eo qui prius de ædibus agens victus fuerat, ut maxime ædium partem quis esse putet, tamen vindicantur ex alia caussa quam ædes. Nam ædes vindicabantur prius (11) jure soli et areæ, ob id quod actor aream suam esse diceret, ac per aream ædificium; quoniam ædificium cedit solo et areæ, *L. adeo, §. cum in suo, D. de acq. rer. do, L. qui res, §. aream, D. de sol.* Nunc autem cum idem sublato ædificio tigna vindicat, vindicat non jure areæ cui prius imposita fuerant, sed ex vetere caussa, qua tigna sua fuisse dicit ante quam in ædificium immitterentur; proinde ex alia caussa quam de qua prius ædes vindicavit. Qui idem corpus petit, si petit ex alia caussa quam de qua prius actum est, aliam rem in judicium deducit, nec summovetur exceptione, ut mox suo ordine dicetur. Hæc vero differentiæ ratio ut vera, ita et certa est.

X. Quæ unius corporis ratio est, eadem est et unius quantitatis ante petitæ. Quantitas ergo eadem peti intelligitur, non tantum si eadem iterum petatur tota, sed etiam si vel minima pars ejusdem quantitatis, ut si quis decem petitis victus, postea tantum petat quinque; quamobrem et eum qui id faciat, quamvis se in numero errasse dicat, et pro quinque quæ sibi vere debebantur, falso putasse sibi deberi decem, ideoque mutato errore nunc petere quinque vere debita; placet tamen tanquam eandem rem petentem exceptione rei judicatæ summoveri. Quod jus expositum est a Paulo in specie hujusmodi: Quidam vere institutus ex sextante heres, cum de testamenti jure moveret quæstionem putaretque se ab intestato obtinere posse semissem, sic egit cum uno ex institutis, ut semissem peteret; non petiturus omnino, si jure intestati exclusus putasset se etiam petitioni sextantis vere delati nociturum. Victus in caussa semissis redit ad sextantem eumque vindicat, ut cujus petitioni renuntiare non cogitavit. Quis putet eum in hac petitione exceptione rei judicatæ summoveri? nam qui voluntate sua sextanti non renuntiavit, multo minus prima facie videtur re prius judicata exclusus; cum nihil prohibeat aliquem ex semisse heredem non esse, quod priore sententia hic pronuntiatum est, qui nihilominus ex minore parte sit heres. Re-

(10) Ratio hæc conveniens quoad fructus post judicium prius de fundo acceptum enatos vel perceptos. Quorum etiam solum petitioni hæc exceptio obstat, ut *supra N. 7.* Nam et partus ante prius judicium nati et fructus a solo resecati variis ex caussis alterius esse possunt, salva proprietate ancillæ et prædii. Quid enim si alii venditi et traditi, quid si bona fide, ceu ex re sua, percepti, postea autem dominus possessionem prædii sui una cum fructibus recepit? Certe hic etsi possessor repetens fundum exceptione domini repellatur, non item si repetat fructus exceptione rei judicatæ. Ex quibus et rationi Zangeri relatæ *supra N. 7.* occurritur, veraque et negans scriptura *L. 7. §. 3. h. t.* magis adstruitur.

(11) Unde et domo prius petita, aream petens exceptione submovetur, *L. 7. in fin. pr. h.* etiam destructa domo. Quia si area mea esset, necesse erit meam quoque fuisse domum, cum imposita cedant solo, Zan. ad *L. 7. §. 2. h. t. n. 7.*

spondet tamen Paulus ei qui semissem petens non obtinuit, si sextantem ejusdem hereditatis ab eodem petat, obstare rei judicatæ exceptionem; nempe illa ratione, quam supra dixi, quod videatur, inquit, in illa petitione semissis etiam partem sextantem (sic enim legendum est, non sextantis) vindicasse. Recte: semper enim in majore summa minor inest, ut qui (12) petit decem aut sex, semper eas summas, vel potius unitates singulas ex quibus decem aut sex constat, petere intelligatur, *L.* 1. §. *si stipulanti, D. de verb. obl.* Itaque judex, cujus sententia subservire debet petitioni, *L. ult. C. de fid. lib.* cum pronuntiat semissem non esse actoris, non hoc dicere intelligitur hæreditatem ad eam quantitatem non esse ejus, quasi minor quantitas possit ejus esse; sed solidum semissem, quantus scilicet petitus est, non esse actoris, ut nihil possit suum ex eo vindicare.

XI. Valet eadem definitio et in jure petito, ut qui jus aliquod prius petiit, victus summoveatur exceptione, non solum si totum id jus nunc petat, sed etiam si partem, tanquam qui in partis petitione hic quoque idem petat. Exemplo est is, qui prius fundum petiit quem suum esse diceret, deinde victus ejusdem fundi usumfructum petit ex eadem caussa, ex qua fundum suum esse dixerat. Placet huic petenti exceptionem obstare, *L. si cum argentum.* §. *pen. D. de exc. rei jud.* Non dubium quin recte dicturi simus id hac de caussa bene responderi, quod qui prius fundum vindicavit, dominium suum esse intendit, idque in judicium deduxit; dominii autem pars est ususfructus proprietati adjunctus, *L.* 4. *D. de usufr.* proinde eum hunc usumfructum nunc petat, rei ante petitæ partem eoque et rem eandem petere, videri. Pomponius tamen, cujus est superior sententia hic exceptionem obstare, videtur in *d. L. si cum.* §. 1. aliam rationem reddere: *exceptio mihi obstabit*, inquit, *quia qui fundum habet usumfructum suum vindicare non potest.* Videtur autem hoc significare, usumfructum qui ex eadem caussa petitur ex qua fundus, esse usumfructum cum proprietate conjunctum: hunc autem usumfructum non esse, qui proprie et per se ita dicitur, definitiones utriusque declarant. Nam ususfructus cum proprietate conjunctus est jus suis rebus utendi fruendi. Qui autem proprie ita dicitur, qui idem per se consistit, jus e proprietate separatum, est jus utendi fruendi alienis rebus. Quod si ususfructus cum proprietate conjunctus ususfructus proprie non est, certe per se non consistit; sequitur, ut vindicari non possit qui per se nullus est. Sed utra harum rationum placeat, semper efficitur id quod supra posui, eum qui de proprietate fundi victus est, postea usumfructum ex eadem caussa petere non posse. Diversum esse ibidem Pomponius ait, si quis prius usumfructum a proprietate separatum petierit, deinde proprietatem ejusdem fundi nactus iterum usumfructum petat. *Potest*, inquit, *dici hic alia res esse; quoniam postquam nactus sum proprietatem fundi, desinit meus esse prior ususfructus, et jure proprietatis quasi ex nova caussa rursus meus esse incipit.* Quibus verbis duas caussas superioris sententiæ complecti videtur: una est, quod prius ususfructus petitus est separatus a proprietate; nunc petitur ususfructus cum proprietate conjunctus; quos inter se definitionibus ipsis differre ostendimus. Altera, quod etiam si quis utrumque usumfructum ejusdem generis esse diceret: tamen qui nunc petitur, petitur ex alia caussa quam prius. Nunc enim petitur ex ea caussa ex qua actor proprietatem nactus est, quæ caussa prius judicium secuta est. Nova dominii caussa aliam rem facit. *L. si mater.* §. *eandem. D. eod.*

XII. Hoc loco de itinere et actu quæsitum est, si quis forte uno petito victus deinde alterum petat, videaturne idem an aliud petere, ut ex eo de exceptione rei judicatæ timetur. De quo Ulpianus scribit in *d. L. si mater.* §. *si quis iter* his verbis: *si quis iter petierit, deinde actum petat, puto fortius defendendum aliud videri tunc petitum, aliud nunc; atque ideo exceptionem rei judicatæ cessare:* hoc ille. Non est ergo iter pars actus: alioqui qui actum peteret, idem peteret eam partem a qua jam sententia judicis esset exclusus; in qua proinde totum petendo pateretur exceptionem rei judicatæ, ut qui partem aliquam bonorum petiit, deinde hereditatem petit. *L. si quis cum* 7. §. *ult. D. de exc. rei jud.* Qua ratione dicemus e converso et eum qui actum

(12) Quare qui 10. petiit et unum et duo et singula ex illis 10. petiit, *d. L.* 1. §. 4. Alias qui non deberi decem pronunciat, non de toto judicaret, si de novem, octo, vel quinque quæstionem dimitteret. Nam et petitis 10. si 5. deberi actor probaverit, in ea condemnatio fieri potest, *L.* 21. *de reb. cred.* ita Fr. Sarmient. *de redditib. Ecclesiast. P.* 4. *c.* 6. *n.* 7. *et* 8. add. Sigism. Scacc. *l. b.* 2. *de judic. causs. civ. etc. c.* 7. *n.* 707.

petierit, si in eo victus sit, non prohiberi iter petere; quia tum neque idem jus totum petat neque ejus juris partem. Movet tamen dubitationem quod traditur in *L.* 1. *D. de servit. rust. præd.* eum qui actum habet, et iter habere etiam sine jumento. Sed dicendum est eum qui actum habet, habere iter non tanquam servitutem alteram quæ sit in actu, sed (13) tanquam accessionem necessariam, qua qui jumentum agit aut ducit vehiculum, carere non potest. Nunc autem de itinere loquimur, quod sit per se servitus. Atque hæc jam huc redeunt ut declaretur una aliqua re petita, eandem rem iterum peti videri et in corpore, et in quantitate, et in jure petito; sive totum idem solum aut conjunctim petatur quod prius petitum erat, sive petatur pars tantum: et in his demonstratum, quid, quibus in rebus pro parte, eoque pro eadem re sit habendum.

XIII. Eadem definitio locum habet et pluribus rebus petitis. Si plures res priore judicio simul petitæ sint, quidquid ex ea comprehensione petetur postea, exceptio rei judicatæ obstabit. Plures petuntur aut nominatim, aut comprehensim nomine aliquo collectivo. Nominatim, ut si quis Stichum et Pamphilum petat. Nomine collectivo, ut si quis petat hereditatem, cujus appellatione continentur res omnes hereditariæ. Proinde si quis Sticho et Pamphilo petitis victus, postea vel unum ex his tantum petat, exceptione repelletur, *L. si cum argentum*, §. *si Stichum*, *D. de exc. rei jud.* Idem est et si quis hereditate prius petita, postea rem unam aliquam hereditariam petat, *L. si quis cum*, 7. §. *ult. eod.*

XIV. Quod si constabit neque totum id peti quod prius petitum erat, neque ejus partem, sed res diversas esse, eam quæ prius petita est et eam quæ nunc petitur; nihil dubii est quin locum non habeat rei judicatæ exceptio. Exempla hæc sunt. Petiit quis usuras: idem de his victus petit (14) sortem ex eadem caussa. Nihil hic nocebit exceptio: quoniam aliæ atque aliæ res sunt sors et ejus sortis usuræ, *L. si in judicio*, *D. de exc. rei jud.* Item qui interdicto egerat de possessione, postea in rem agit, *non repellitur*, inquit Paulus, *per exceptionem: quoniam* (15) *in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur*, L. et an eadem, §. *ult. D. eod.* res nimirum maxime diversæ, quas constat nihil inter se commune habere; *L. naturaliter*, §. *nihil commune*, *D. de acq. poss.* Item cui plures res testamento aut codicillis legatæ erant, de quibusdam egit, alias omisit, sive quod ignoraret adhuc sibi legatas, codicillis nondum prolatis, sive quod placeret adhuc earum petitionem differre: dicturus, sive vincat in iis quas petiit, sive vincatur, non obstaturam ei exceptionem quominus reliquas recte petat; quæ scilicet aliæ sunt, nec superiore petitione deductæ sunt in prius judicium, *L. si ex testamento*, *L. si cum argentum*, in pr. *D. de exc. rei jud.*

XV. Non est satis ipsum peti, quod priore judicio petitum est, ut de eadem re agi videatur et locus fiat exceptioni rei judicatæ. Secundum exigimus ut sit eadem caussa petendi. Alia petendi causa si erit, alia res est de qua nunc agitur, nec ex ea causa agenti nocebit exceptio, quamvis petatur idem quod prius, et de eo agatur inter easdem personas, *d. L. cum quæritur*, 12. *L. et an eadem*, 14. *d. L. cum de hoc*, 27. *de exc. rei jud.* Utrum eadem caussa petendi nunc sit an alia, ex origine petitionis æstimandum est, ut significatur in *L. si mater*, 11. §. *eandem*, *D. eod.* id est ex ea petitione quæ prioris judicii fuit in lite contestanda. Nam animadversa petitionis, quæ illo judicio fuit, caussa; deinde collata caussa ex qua nunc agitur, non difficile erit ex collatione judicare utrum (16) eadem caussa petendi sit hæc posterior an alia. Id autem fiet hoc modo.

XVI. Videndum est, quod petitum est

(13) Vid. *supra Lib.* 11. *C.* 6. *n.* 9. *ibique N.* 4. Add. Cujac. 9. *ad Afric. in L.* 26. *h. tit.* Forcat. ad *l.* 1. *de servit. n.* 14.

(14) Secus casu converso. Nam absolutus de sorte si conveniatur de usuris, exceptione tutus, quia usurarum obligatio non tenet nisi sit cui accedat, immo eadem exceptio est condemnato de sorte tantum, vid. *supra h. Cap. N.* 3. Plane si reus ideo absolutus de sorte, quod ea (solutione, novatione, transactione etc.) liberatus distinguit Zanger. *P.* 3. *C.* 17. *n.* 38. an usuræ per se in obligatione, an solo officio judicis veniant.

(15) Menoch. *retin. poss. remed.* 3. *n.* 808. Siculi nec exceptio rei judicatæ in summario judicio obsint agenti ordinario, vid. Fachin. 10. *Contr.* 80. Contra quoque exceptio hæc possessorio recuperandæ objici nequit, nisi cum reus ideo absolutus petitorio quia se probarit dominum, eo quod tunc actoris constet de dominio, ita Wes. *Cons.* 6. *n.* 62. Fac. *L.* 15. *h. t.* add. Menoch. *recap. poss. remed.* 1. *n.* 223. *et seqq.* et *adip. poss. remed.* 1. *n.* 808. *et seqq.* Quin et rei vindicatione victus, Publiciana citra metum hujus experitur. text. *L.* 39. §. 1. *de evict.* nisi prius utramque conjunxisset actionem. Zas. ad *L.* 11. §. 4. *h. t. n.* 17.

(16) Eadem caussa, quoties quæstio priori judicio terminata revocatur. *L.* 7. §. 4. *h. t.*

priore judicio, utrum petitum sit nominatim adjecta causa, an vero nulla caussa expressa. Causa semper adjicitur in actionibus in personam, cum nulla sit hic obligatio et actio nisi ex certa definita caussa, cujusmodi est, depositi, commodati, ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, tutelæ, damni injuria, furti, injuriarum, et si quæ sunt similes quæ ex contractu, aut quasi contractu, ex maleficio, aut quasi maleficio nascantur. §. *ult. Inst. de obl.* §. 1. *Inst. de act.* ut sic *singulas obligationes singulæ caussæ* sequantur, ut Paulus loquitur in *L. et an eadem*, §. *actiones*, *D. de exc. rei jud.* sequantur, inquam, in petitione, eadem scilicet quæ obligationem in ea contrahenda antecesserunt. In actionibus in rem interdum adjicitur certa caussa ex qua quis rem quam vindicat suam esse dicit: quod vindicanti liberum est; neque enim est necesse ut, si quis fundum Tusculanum vindicet, et adjiciat: quem emi a Titio, aut qui mihi testamento Titii legatus est. Nulla caussa adjicitur ut plurimum in his ipsis actionibus in rem in quibus rem suam vindicanti sufficit ad rectam intentionem simpliciter ita agere ut dicat fundum illum suum esse qui a te possidetur, petere ut restituas. *L. in rem*, *D. de rei vind.* §. 1. *Inst. de act.* Ergo si quis in actione in rem hoc jure usus ita egerit ut simpliciter rem suam esse intenderet, quam petit, nulla scilicet expressa causa ex qua rem suam esse diceret; intelligemus, quandocumque is actor victus eandem rem vindicabit postea ab eodem possessore, eandem caussam petendi futuram quæ in posterius judicium veniet, eoque agenti obstaturam rei judicatæ exceptionem; sive simpliciter vindicet ut prius, de quo nulla dubitatio est, sive vindicet nominatim, causa adjecta cur sit dominus; dummodo non novam dominii causam et post prius judicium natam allegel, de qua mox. Nec moveri oportebit quod priore judicio nulla ejusmodi caussa expressa est. Non est expressa nominatim, sed non eo minus petitione generali ejus judicii comprehensa est. Sic enim egit ut simpliciter et indefinite rem suam esse diceret. Qui ita egit, qualecunque, inquit Ulpianus, et undecunque dominium acquisitum habuit, ea vindicatione in judicium deduxit, *L. si mater*, §. *eandem*, in fin. *D. de exc. rei jud.* et ut hoc idem aliis verbis expressit Paulus, *omnes causæ* dominii acquirendi *una ea petitione apprehenduntur*. L. et an eadem, §. *actiones*, *D. eod.* Unde scilicet evenire necesse est ut, quamcumque caussam dominii dicet postea qui iterum aget, eam dicat quam in priorem petitionem et prius judicium deduxerit; atque hinc rei judicatæ exceptio. Quid tamen, si is qui simpliciter fundum suum petierat, dum eum opinatur ex caussa hereditaria suum esse, eam caussam in judicio persecutus sit; victus autem cum eam caussam probare non posset, nunc ex alia caussa eum vindicare instituat, puta donationis? An non videtur, quasi ex alia caussa petat, esse audiendus, nec metuere debere exceptionem? Sed hæc res, inquit Ulpianus, non parit petitionem novam: hoc ille in *d. L. si mater*, §. *eandem* circa fin. vers. *itaque.* (17) Quippe, ut initio ejus §. posuerat, non hic processum prioris judicii, sed originem petitionis quæ eo judicio fiat, spectamus. Porro, inquit, generali petitione dominii omnis caussa ex qua id haberi potest, in judicium prius deducta est. Quod si priore judicio quid petitum est nominatim caussa adjecta: tum potest sequente judicio idem peti ex alia caussa. Quod si fit; qui iterum ita aget non summovetur exceptione, non tantum si in personam prius egerit, sed etiam si (18) in rem, eademque actione nunc mutata caussa experiatur, *L. et an eadem*,

etsi alia sit actio *L.* 5. *h. t.* aliud genus judicii *d.* §. 4. alius judex, P. Fab. 1. *Semestr.* 21. *Longlæ.* 5. *Semestr.* 2. Zang. *P.* 3. *C.* 17. *n.* 44. *et seqq.* hæc probe explicans.

(17) Ubi Cujac. 11. *Obs.* 35. exponit *qualecunque* dominium, id est sive bonitarium et naturale, sive Quiritarium ac civile. Non satis, nedum ad Justiniani per *L. un. C. de nuda Quir. jure toll.* sed nec ad Jurisconsulti mentem; ut apparet ex juncta ratione *l.* 14. §. 2 *h. t. in fin.* cui olim solum locus in eodem dominii genere. Nam qui in bonis habebat, ex alia caussa ejusdem rei dominium jure Quiritum consequi poterat, imo necesse erat, cum plane diversæ utriusque essent caussæ. Unde et liquet, qui rem antea ceu suam petiit et victus, posse eandem denuo detere ex jure dominio finitimo, quod vulgo utile dominium, veluti quia emphyteuta; nam hic ratio *d.* §. 2. *in fi.* cessat. Tametsi vulgo contra sentiunt arg. *d.* §. 5. *in fi.* quam Zas ad *d. L.* 7. §. 4. *n.* 16. communem vocat. Confer *supra Lib.* 20. *C.* 2. *N.* 18.

(18) Hinc plerumque consultius in rem acturo, ut certam caussam exprimat. Etsi quandoque contra expedire possit, ad hoc ut dominium lite pendente superveniens prosit, vid. Coras. ad *L. in actionibus* 5. *de in lit. jur. n.* 10. Mudæ. *in* §. *omnium* 1. *Instit. de act. n.* 28. *et seqq.* Wesenbec. *ad tit. C. de R. V. n.* 29. *et n.* 38. *ac seq.* Sig. Scaccia 1. *de judic.* 50. *n.* 24. Jo. Pels. *Process. tit.* 21. *n.* 25. *et seqq.* Gilken ad *L.* 3 *C. de edan. n.* 62. Obrecht *de concip. libell. Cap.* 11. *n.* 68. *et* 3. *seqq.*

§. *actiones*, *L. si mater*, 11. §. 1. *D. de exc. rei jud.*

XVII. Sed alia caussa posterior intelligitur dupliciter. Aut enim genere alia est, aut tempore; et utrumvis horum erit, semper vere ut alia caussa, ita et res alia erit, cessabitque ideo exceptio. Genere alia est, veluti, si quod quis suum petiit nominatim tanquam a Titio emptum et traditum, nunc petat tanquam donatum aut legatum a Sempronio. In hoc genere nulla dubitatio est, quin exceptioni locus non sit, *d. L. si mater*, §. 1. Sed quanvis genere eadem caussa sit quæ in posterius judicium vocatur, si tamen tempore sit alia, nihilominus vere alia caussa est: de qua etiam idem juris est quod de superiore. Tempore aliam caussam dicimus, quæ nova prius judicium secuta est. Quæcunque ejusmodi post priorem petitionem accessit, si ex ea agatur, quanvis caussa sit ejusdem generis cum vetere ex qua prius actum est, quanvis idem petatur et res agatur inter easdem personas; tamen non repellet agentem hæc exceptio: dummodo vere nova caussa sit, puta quæ (19) nata sit primum post primum judicium, non quæ redierit postliminio, *d. L. si mater*, §. *eandem*, *de exc. rei jud.* Exempla hæc sunt varie sparsa sub *eod. titulo*. Cum forte sub conditione res mihi legata esset, medio tempore res mihi empta aut vendita ab herede est quam ideo ex ea caussa petii, nec obtinui. Si postea exsistente legati conditione petam, exceptio non obstabit, *alia enim caussa fuit prioris dominii*, inquit Ulpianus, *hæc nova nunc accessit*: hoc in *d. L. si mater*, §. *eandem*. Item, qui hereditatem petierat, quia heres non erat, victus est. Post heres factus, puta exsistente substitutionis conditione quæ prius non extiterat, si eandem hereditatem petat quanvis ab eodem possessore, negat Julianus eum exceptione rei judicatæ summoveri, *L. si is qui*, 25. in pr. *D. de exc. rei jud.* nempe quia petit ex nova caussa quæ nunc primum hereditatem illi detulit. Item, qui se negotiis alienis obtulerat, et in ea administratione fundum nomine domini petierat, victus est. Hanc petitionem cum dominus ratam non haberet, mandavit ei ut ex integro fundum eum peteret. Si mandatum secutus iterum petat; quanvis petat eundem fundum, et ab eodem possessore, et ex eadem dominii caussa; negat tamen idem Julianus exceptionem rei judicatæ obstaturam: quia, inquit, *alia facta sit mandatu interveniente*: hoc in *d. L. si is qui*, 25. §. *ult. eod.* alia res ideo, quia nova. Prius enim actor ex nulla caussa et nullo jure agebat: nunc agit domini mandato quæ idonea caussa est cur in judicio nunc consistat. Ad hanc rationem plane referri debet quod constanter tam multis locis scriptum legimus a veteribus in hac specie. Qui in rem agebat, actionem instituit adversus eum quem possidere putabat; qui quia non possidebat nec dolo desierat possidere, absolutus est pro eo jure quo scimus actione in rem non teneri qui nec possident, nec dolo fecerunt quominus possiderent, *L. qui petitorio*, *L. ult. D. de rei vind.* *L. actionum*, *D. de obl. et act.* Idem reus post ejusdem rei possessionem nactus est, quam ob caussam et prior petitor eam rem iterum ab eo vindicat. Quidni videatur debere rei judicatæ exceptione summoveri? Nam et vindicatur res eadem, et vindicatur ex iisdem caussis ex quibus prius, et res agitur inter easdem personas; quæ cum concurrunt, exceptioni locus est, *d. L. cum quæritur*, 12 et seqq. *L. cum de hoc*, *D. de exc. rei jud.* Constans tamen veterum sententia est in hac specie non nocere exceptionem. In hereditatis petitione traditum in *L. si a te*, 9. *eod.* in rei vindicatione in *L. si rem*, 17. *eod.* in actione ad exhibendum in *L. si quis ad exhibendum*, 18. *eod.* Et hoc quia alia res est, ut ratio redditur in *d. L. si quis*, 18. Cur ergo alia res? quia ex nova caussa agitur adversus possessorem; quod cum sit, tanquam in alia re cessare exceptionem diximus. Nec quem moverit quod petitor dominium petit ex iisdem dominii caussis. Meminisse enim debemus vindicationis in rem duas esse caussas: ab actore dominium, aut si quod aliud jus est, propter quod res vindicari potest: a reo unam communem omnium vindicationum caussam, propter quam cum eo agi potest, si possidet: unde cum reum spectamus, dicitur hujus possessio in rem actionem parere adversario, (20) *L. unica*, *C. de alienat. jud. mut. cau. fact.* Esto igi-

(19) Unde si qui ante conditionem egerat et victus, postea ea impleta agat, exceptio non obstat *d.* §. §. *et L.* 13. §. *pen. de pign.* Tiraq. *in L. boves* 89. §. *hoc sermone* 1. *de V. S. limit.* 1. *n.* 16.

(20) Add *L.* 3. *C. ad exhib.* ubi Sich *n.* 3. Ant. Fab. 12. *Conject.* 13. Zang. *P.* 3. *Cap.* 17. *n.* 19. *et seqq.* Neque id tantum ubi hæc caussa sententia expressa, sed et si ex actis apparet, *L.* 17. *h. t.* Zang. *d. C.* 17. *n.* 53. Siculi et alias sententia lata ratione certæ caussæ, ea cessante inefficax, post Bald. ad *L.* 3. *C. ad exhib.* Sich. *ibid. n.* 3. Et reus absolutus ex alia caussa quam quæ nunc ab actore deducitur, eum exceptione hac non submovet, Zang. *d. C. n.* 67. Quin et illum qui suc-

tur qui adversus novum possessorem agit utatur iisdem dominii caussis quibus ante. At certe cum de eo nunc agatur utrum reus possideat necne qui ex sua persona teneri incipiat, nova caussa hic adfertur cur teneri debeat; nempe nova possessio propter quam etiam nunc eam teneri æquum est: cum de ea non sit absolutus prius, sed de vetere cujus nomine agebatur, quam penes illum non esse constitit.

XVIII. Nondum satis, ut videatur de eadem re agi, id ipsum peti quod prius, et eandem caussam petendi esse. Tertium accedere oportet, ut sint eædem personæ inter quas agitur, *d. L. cum quæritur*, 12. et *L. et an eadem*, 14. *L. cum de hoc, de exc. rei jud.* Hinc illa definitio Juliani aliquoties hic repetita, exceptionem rei judicatæ obstare, *quoties eadem quæstio*, idest quæstio de eadem re et eadem caussa *inter easdem personas revocatur*, *L.* 3. *L. si quis cum.* 7. §. *pen.* in fin. *D. eod.* Aliæ personæ si erunt, sive alius reus erit cum quo idem actor victus aget, sive alius actor qui aget cum victore reo, cessabit exceptio rei judicatæ. Sint, exempli gratia, plures heredes ejus apud quem res deposita esse dicebatur; et qui se deposuisse dicebat, cum uno herede depositi egerit. Si is victus sit, tamen et cum cæteris recte agit, nec exceptio rei judicatæ illi obstabit: hoc Paulus in *L. cum uno, D. de except. rei jud.* Finge e converso eum qui deposuerat decessisse, pluribus relictis heredibus; unum ex his agentem depositi victum esse. Eodem exemplo dicemus, cæteros nihilominus depositi adversus eundem recte acturos, nec obstaturam his exceptionem rei judicatæ. Item cum eodem testamento legata essent quibusdam et libertates relictæ, si proponas legatarium legatum petentem superatum esse ab herede, quod testamentum ruptum, vel irritum, vel non justum diceretur; non ideo tamen, inquit Ulpianus, *præjudicium fit libertati. L.* 1. *D. eod.* idest non ideo quibus libertas relicta est impediuntur quominus de viribus testamenti adversus eundem agant et libertatem petant.

XIX. Cur ergo hæc ita si quis quærat, illa ratio redditur a veteribus quam supra posuimus, quia mutata conditione personarum alia res esse incipit, nec nisi de eadem re agenti nocet rei judicatæ exceptio, *d. L. et eadem*, 14. in pr. *L. cum de hoc* 27. *de exc. rei jud.* Quod apertius et pluribus expositum scriptum legimus a Paulo in *d. L. si cum uno, eod.* his verbis: *nam etsi*, inquit, *eadem quæstio in omnibus his judiciis vertitur.* id est et res eadem petitur, et petitur ex una et inter plures heredes communi caussa; *tamen personarum mutatio, cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit.* At quomodo aliam rem, cum multum intersit inter rem de qua agitur, et personas inter quas agitur? Ideo aliam: quia etiam inter heredes obligatio et actio dividitur, ut quot sunt heredes debitoris tot sint singularum præstationes; quot creditoris heredes tot sint res quæ singulis separatim præstari debeant. Adde his defensionem et caussæ actionem quæ in judicio exercendo adhibetur; quæ ut singulorum propria est in re sua, ita singulorum diligentiæ, æstimationi, et arbitrio permittendi est: præsertim cum quominus se quisque in re sua ita gerat ut vult, alter non possit impedire, ut significatur in *L. sæpe,* illic: *Cur igitur, D. de re jud.* Redeo igitur ad alias personas, inter quas si iterum agatur quasi alia res sit, non obstat agenti rei judicatæ exceptio, non in superioribus tantum caussis quas exempli caussa retulimus, sed in aliis similibus omnibus. Inde illa definitio certi et constituti juris, *res inter alios judicatas aliis non præjudicare*, non præjudicium facere et, quod idem valet, aliis neque nocere neque prodesse: exstat in *d. L. sæpe, de re jud. L.* 1. *de excep. rei judic. L. Modestinus, D. de exc. tit. C. res int. alios actas et jud. aliis non nocere.*

XX. Habet tamen et hæc constitutio suas quasdam exceptiones. Excipiuntur enim hic quædam tum personæ, tum caussæ: perpaucæ illæ quidem, nonnullæ tamen; quibus fit ut res inter alios judicata aliis prosit aut noceat, dum aut illis eadem datur exceptio rei judicatæ, aut datur adversus hos. In personis sunt victoris rei successores, itemque accessiones omnes, ut fidejussores, de quibus ante diximus. Quod enim dictum est exceptionem rei judicatæ reo victori quæsitam a persona auctoris etiam ad emptorem transire, *L. si a te, §. ult. D. de exc. rei jud.* eandemque ex persona rei principalis transire ad fidejussores, *L.* 7. *D. de exc.* nihil aliud significat quam rem inter actorem et reum judicatam actori etiam adversus successorem

cubuit ob ineptitudinem actionis, denuo audiri si eandem apte proponat docet Tiraq. *in L. boves* 89. §. 1. *de S. V. n.* 16. *et n.* 19. *per L.* 11. §. *pen. de instit. act. L.* 30. *in fi. de pact. dotal. C. coram de rescript. C. examinata Extr. de judic. et simil.* Et tradit Bover. *Singul.* 52. *n.* 15. etsi reus simpliciter absolutus, si tamen appareat sententiam latam ob ineptitudinem libelli, de integro agenti exceptionem non obstare.

rei aut ejus fidejussores, proinde adversus alias personas, agenti præjudicium facere; seu quæ exceptio rei judicatæ reo quæsita est, eandem actori victo non adversus reum solum, sed et adversus alias istas personas agenti obstare. Cur ergo in his potius nocet exceptio quam in aliis qui successores rei aut fidejussores non sunt, cum et has personas alias esse fateamur? Quia sane natura hæ personæ aliæ sunt; jure autem sunt eædem, certe pro iisdem habentur. Nam quod ad successores attinet, etiamsi in rem tantum succedant ut emptores, in locum auctoris succedunt; ut proinde ejus persona suscepta, eodem jure uti debeant, *L. qui in jus, D. de regul. jur.* Quod attinet ad fidejussores reliquasque accessiones, sic hæ conveniuntur ut, cum conveniantur debitoris nomine, magis in harum persona debitor conveniri quam ipsæ intelligantur, argum. in *L. quod dictum, D. de pact.*

XXI. In eadem caussa sunt maxime actoris victi successores, etiam qui in rem et dominium rei successerunt. Nam et illud quod ante dixi ius, exceptionem rei judicatæ nocere ei qui in dominium successit ejus qui judicio expertus est, *L. exceptio, D. de exc. rei jud.* eandem illam significationem habet, re inter auctorem et reum de dominio rei judicata, obstare exceptionem rei judicatæ, quamvis inter emptorem et eundem reum, id est inter alias personas de eadem re iterum agatur. Sed et hoc eandem illam rationem habet quam supra dixi, quod emptor, idemque auctoris sui successor ita natura alia persona est ut jure eadem existimetur, ut quoniam in ejus locum successit, eodem jure etiam uti debeat, *d. L. qui in jus, D. de regul. jur.*

XXII. Hoc tamen posterius sic accipiemus, si auctor prius superatus sit quam rem de qua victus est in alium transferret. Sic enim fit ut, exceptione rei judicatæ jam adversus eum constituta, si rem tradat, vere dicatur qui accepit in locum victi, proinde et in eandem exceptionem successisse. Quod si auctor jure adhuc suo integro et necdum victus rem vendiderit, deinde de proprietate ejus rei agens victus sit, non nocebit ea res emptori quominus rem recte vindicet. Successit enim ille quidem in fundum, at non in locum victi, proinde nec in exceptionem quæ nondum adversus auctorem erat constituta. Expositum hoc jus est a veteribus in persona creditoris qui rem pignori accepit ab eo debitore qui quandoque de proprietate ejus rei victus est. Exempli gratia, debitor fundum quendam suum creditori pignori dedit. Is, cum de proprietate ejus fundi cum Titio possessore aliquando egisset, victus est, pronuntiatumque est eum fundum ejus non esse. Post quod tempus, creditor jure pignoris usus eundem fundum hypothecaria actione vindicat ab eodem Titio possessore. Quæritur an ex persona debitoris possit exceptione rei judicatæ summoveri. Summoveretur enim debitor, si iterum de ea re ageret: creditor autem, pignore ab eo accepto in locum ejus successit, ut videri possit et ipse eodem jure uti debere. Hic consentiens veterum distinctio est, multum referre quando debitor de proprietate fundi egerit, ut tum constituta sit adversus eum exceptio priusne quam pignus daret, an postea. Si prius superatus est quam daret, placet creditorem quandoque postea eum fundum ab eodem possessore vindicantem exceptione rei judicatæ removeri, *L. si mater, 11. §. ult. D. de exc. rei jud. L. si superatus, 3. D. de pignor.* scilicet quia verum est eum, ut in locum victi, sic et in exceptionem adversus victum constitutum, successisse. Quod si nondum superatus debitor pignori dedit, ut maxime egerit postea et contrariam sententiam acceperit, negant veteres nocere debere exceptionem creditori hypothecam postea vindicanti, *d. L. si mater, § ult. L.* (21) *judicatæ, §. ult. D. de except. rei jud.* contraria de caussa, quia, inquit Papinianus, *creditor tum in locum victi successisse non videtur, cum pignoris conventio sententiam præcesserit:* hoc ille in *d. L. judicatæ. §. ult.*

XXIII. Sed et hoc postremum sic accipiemus, si modo debitor de proprietate fundi pignori jam dati egerit ignorante creditore. Quod si admonito creditore, aut aliter sciente et patiente egerit, placet hic quoque nocere creditori rei adversus debitorem judicatæ exceptionem non minus quam si pignoris datio eam sententiam prævenisset. Et generaliter definiemus, quod pluribus disputat Macer in *L. sæpe,* illic. *Scientibus, D. de exc. rei jud.* quoties, re ab auctore in successorem aliquem translata, auctor de proprietate ejus rei egit sciente et patiente successore, et victus est; toties quæ advesus auctorem exceptio est rei judicatæ, eandem et scienti successori nocituram: veluti, si credi-

(21) Vid. Cujac. 11. res. Papin. ad *d. L.* 29 A. Fab. ad *L.* 207. *de R. J. pag.* 789. Hart. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 29. *passim.* De regula Res inter alios judicata etc. plenius *infra Lib.* 27.

tor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris; maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptæ; emptor venditorem de proprietate rei emptæ. Et hæc caussa est quam ille reddit, quia hi omnes, præter quam quod successores sunt, etiam de ea re suo nomine priore loco actionem habent, qua freti potuerunt prohibere auctorem suum ne ageret. Quod si non fecerunt, sed ultro passi sunt auctorem agere, videtur ex voluntate eorum de jure quod ex persona agentis habuerunt judicatum esse.

XXIV. In caussis in quibus res inter alios judicata aliis præjudicium facit, sunt quæ inde nomen habent præjudicia seu præjudiciales actiones. Ut puta, qui se patronum dicebat egit præjudiciali actione adversus eum quem dicebat libertum suum. Cum ille contra contenderet se esse ingenuum, eoque nec hujus nec cujusquam alterius libertum, is hoc probato ingenuus pronuntiatus est. Traditur rem judicatam hic pro veritate accipi, ut ingenuus habeatur de quo sententia ita lata est, quamvis fuerit libertinus, *L. ingenuum, D. de stat. hom.* Quod nihil aliud est quam hunc perpetuo et inter omnes personas pro ingenuo accipiendum, quandocunque ei et a quocunque fiet de ingenuitate controversia. Et, ut exemplo usitatiore utamur, si mulier, cum negaret maritus eam ex se prægnantem, eo nomine præjudicio egerit et judex pronuntiaverit ex eo prægnantem esse; placet partum in ea caussa esse ut deinceps pro justo filio agnosci debeat, tanquam suus; idque in omnibus caussis, ut et reliquis filiis sit frater, consanguineis cognatisve cæteris consanguineus et cognatus; idemque in contrarium valere, ut si judex contra pronuntiaverit ne partus pro filio habeatur, quamvis illius fuerit: denique placet ejus rei judicem in omnibus caussis quæ de ea re postea incident, in utramque partem jus facere: hæc in *L. 1. §. ultim. L. 2. L. 3. in pr. D. de agnos. et al. lib.* Vis hæc est omnis præjudicialis actionis atque hinc etiam, ut dixi, nomen quod pluribus exposuimus ad *§. præjudiciales, Inst. de act.* In hoc genere caussarum est etiam caussa rescissi testamenti, cum, agentibus legitimis heredibus adversus scriptum heredem et hereditatem ab eo vindicantibus, contra testamentum pronuntiatum, puta, testamentum aut injustum, aut ruptum, aut irritum, aut inofficiosum, aut adeo falsum esse. Sententia hoc modo contra testamentum dicta, ita aufertur scripto heredi hereditas; atque hac testamento detracta, ita constituitur testamentum inutile, ut et legata et libertates quæ nisi ex testamento valere potuerunt, simul concidant et ipso jure non debeantur, ut quidem olim jus fuit. Traditum hoc est in caussa inofficiosi testamenti, cum, caussa acta inter supra scriptos heredes, testamentum inofficiosum pronuntiatum est nec est provocatum, in *L. Papinianus, §. ult. D. de inoffic. testam.* Nihil caussæ est cur non et hoc jus ad omnes alias caussas pertinere intelligamus, in quibus similiter agitur de viribus testamenti inter superiores heredes, et sententia judicis contra testamentum pronuntiatur. In omnibus enim ex æquo petitur hereditas. Proinde et olim ex æquo agebatur res apud centumviros. Magnitudo autem et auctoritas centumviralis judicii par fuit in petitionibus hereditatis omnibus, atque hanc vim habuit ut non pateretur huic judicio aliunde præjudicium fieri, ut testatur Justinianus in *L. ult. in prin. C. de pet. her.* Hoc autem de vi superioris sententiæ in hac caussa rescissi testamenti cum dicimus; apparet hoc dici, re inter legitimos heredes et heredem scriptum contra testamentum judicata, sic rem judicatam legatariis et iis quibus eo testamento libertates datæ sunt nocere, ut legatum aut libertatem postea petentes, quamvis manifestum sit rem agi inter alias personas, tamen non audiantur; et quidem ita ut nec his quidquam intelligatur deberi vel ipso jure, ut exceptio rei judicatæ hic non desideretur, *d. L. Papinianus, §. ult. de inoffic. testam.* Quod plane ita constitui debuit, si regulas juris communis sequimur. Nam cum vis omnis testamenti ex heredis institutione pendeat, *§. ante heredis, Inst. de leg.* necesse est, eversa heredis institutione, quod fit superiore sententia, simul cum ea et testamentum et cum testamento omnia in testamento scripta everti, nihil ut in eo scriptum valeat; quod et de testamento irrito facto, hereditate non adita, regula juris traditum est. *L. eam quam, C. de fid.*

XXV. Sed meminerimus huic juri tunc locum esse, cum, petita hereditate, res inter heredes legitimos et scriptum heredem acta est et contra testamentum judicata. Diversum est, si legatarii agente adversus heredem scriptum, ita is remotus sit ab herede, quod diceretur testamentum ruptum, vel irritum, aut non justum esse, vel aliter non valere, ac tale pronuntiatum sit in ea actione. Non si legatarius, inquit Ulpianus, in hac caussa superatus sit, et pronuntiatum de viribus testamenti, ideo præjudicium libertati fit eo testamento datæ, aut cæteris quibus quid eo testamento relictum est: hoc in *L. 1. D. de exc. rei jud.* addita no-

minatim hac ratione, quod res inter alios judicatæ aliis præjudicium faciant. Cur ergo in hac caussa dissimiliter? Nempe ideo quod legatarii et similes quibus quid testamento relictum est, non sunt idonei contradictores quibus agentibus de jure heredis decernatur; cum de jure tantum suo agant, non de jure hereditatis, ut sive vincant sive vincantur, nunquam tamen hereditatem scripto heredi auferant, qui ipsi heredes non sunt. Atque hoc ita olim jus perpetuum fuit, quoties, controversia de hereditate inter heredes legitimos et heredem scriptum mota, contra testamentum pronunciatum est, et hereditas evicta legitimis heredibus. Hodie idem jus valet in cæteris caussis: exceptæ sunt caussa præteritionis vel exheredationis propter quas testamentum aut non justum, aut ruptum, aut inofficiosum pronuntiatum est. Quo in genere ita jus constitutum est a Justiniano ut, ex caussa præteritionis vel exheredationis rescisso testamento, heredum institutiones infirmentur, at cætera testamento relicta valeant, *auth. ex caussa, C. de lib. præt. vel exh.*

XXVI. Sed jam hujus loci de re iterum petita summam complectar. Summa igitur hæc sit: cum quæritur qua de re exceptio rei judicatæ competat, competere eam cum de eadem re agitur de qua prius actum est: eandem actam videri cum hæc tria concurrunt, ut petatur id ipsum quod prius, ut sit eadem petendi caussa, ut quæstio revocetur inter easdem personas. Quæ singula qualia essent et quid in personis exciperetur satis diximus.

XXVII. Illud jam adjiciemus, consulto tria illa superiora tantum exigi ad rem eandem efficiendam, ut intelligatur exigi quidem omnia at non plura, dumque illa concurrent, exceptioni locum esse. Quod moneri eo pertinet ut sciamus nihil ad rem facere genus actionis, ut videatur de eadem re agi; sed de eadem re agere videri eum qui idem petat et ex eadem caussa et ab eodem, quanvis non eadem actione agat qua ab initio agebat, sed alia, de eadem re tamen, ut pluribus exemplis declaratur in *L. de eadem, 5. L. si quis cum, 7. §. ult. L. seq. D. de excep. rei jud.* Inde definitio Juliani relata in *d. L. 7. §. pen.* exceptionem rei judicatæ obstare, quoties inter easdem personas eadem quæstio revocatur, vel alio genere judicii. Et recte; neque enim actiones plures quæ ejusdem rei nomine et ex eodem facto competunt, numero suo efficiunt quominus revera de una et eadem re ex una et eadem caussa competant.

## CAP. VI.

De doli mali exceptione, qua ex caussa, quibus, adversus quos, qua de re competat.

*Summa hujus Capitis. Quæ sit præsentis tractationis quæstio præcipua.* I.
*Exceptio doli duplex: specialis quæ.* II.
*Quæ item generalis: caussa hujus, actio jure comparata in actore; defensionis æquitas in in reo.* III. IV.
*Æquitatis hujus caussæ duæ summæ: et hæ natæ vel ab initio contractus, aut postea: priores illæ quales.* V.
*Illæ prioris generis speciales caussæ quatuor, et quæ: ex his caussis singulis singulæ exceptiones speciales enatæ: cum his* doli generalis *conjunctim prodita.* VI.
*Generalis exceptio doli quomodo cum exceptionibus metus caussa, doli, erroris, pecuniæ non numeratæ concurrat.* VII. VIII.
*Caussas quæ nascuntur reo postea, duci vel e post secutæ liberationis aliquo genere, vel e mutuæ præstationis alicujus recusatione.* IX.
E post secuta liberatione *caussas exceptionum septem reo emergere.* X.
Primam: *simplicem debiti remissionem pacto inductam expresso.* XI.
*Vel tacito.* XII.
*Vel etiam suprema voluntate.* XIII.
Secundam: *solutionem non jure factam. Duplex hujus casus, et qualis.* XIV.
Tertiam: *pecuniæ debitæ amissionem, mora recusantis accipere creditoris factam.* XV.
Quartam: *impedimentum necessarium præstationi objectum sive natura, sive jure.* XVI.
Quintam: *caussam stipulandi juste interpositam, eamque sive non secutam, sive finitam. Hoc quale sit.* XVII.
Sextam: *actionem unam jure sublatam, vel per exceptionem ex pluribus competentibus ejusdem rei nomine.* XVIII.
Septimam: *actionem specialem postea quæsitam reo. Hoc cujusmodi.* XIX.
E mutuæ præstationis recusatione *nasci reo doli exceptionem, et quare.* XX.
*Mutua præstatio,* aut est alterius rei, *versatur* 1. *in contractibus mutuis.* XXI.
2. *In sumptibus in rem petitam factis.* XXII.
3. *In quarta Falcidiæ debita individuæ rei nomine.* XXIII.
4. *In liberatione puri debiti sub conditione legata.* XXIV.
5. *In pecunia debita illi cui datum est pignus.* XXV.
Aut est ipsius rei petitæ: *ut in vendita aliena re.* XXVI.
1. *Cum venditor successit domino; qualis hæc species.* XXVII.
2. *Cum dominus successit venditori; hoc item quale.* XXVIII.
*Doli exceptio cui competat.* XXIX.
*Competit adversus omnem petentem contra superiores æquitatis caussas.* XXX.
*Præterquam adversus parentes et patronos, eorumque heredes. Adversus hos quomodo liberis cautum et libertis.* XXXI.
*Competit exceptio doli adversus superiores petitores ex eorum dolo, quorum facto est illis actio quæsita.* XXXII.
*An et ex auctorum persona doli competat exceptio successoribus, interest quo titulo in rem successerint.* XXXIII.
Si oneroso; *non officit illis exceptio doli; et quare.* XXXIV.
Si lucrativo, *secus.* XXXV.
*Competit exceptio doli de ea ipsa re quæ petitur.* XXXVI.

I. Exceptio doli mali, si summatim breviterque dicendum est, constituta est adversus omnem qui quid dolo petit quovis modo, prodita ei a quo quid ita petitur, prodita de ea re ipsa quæ ita petitur; finis constitutæ, ut ne hic dolus petenti prosit, reo unde petitur noceat; quæ indicantur in *L.* 1. *L.* 2. *§. item quæritur, §. et generaliter. L. dolo, D. de dol. mal. exc.* Ita in omnibus his partibus summa quæstio una est, atque huc redit, ut norimus, quis quid dolo petere intelligatur. De quo ex caussis hujus doli statuendum est; is enim dicendus est dolo petere omnino, adversus quem justa aliqua

caussa est propter quam id ita facere existimetur. Sunt autem hæ caussæ ita, ut est genus exceptionis.

II. Exceptio doli (1) duplex est, specialis, et generalis. Specialis est ea, (2) quæ nascitur ex eadem caussa ex qua actio de dolo; cum quis scilicet ab initio dolo alterius circumventus quid contraxit, gessit; ubi si deceptus quid jam amisit et alia actio non est, habet actionem eo nomine de dolo adversus eum qui decepit: rebus autem integris si conveniatur, habet (3) doli mali exceptionem de qua *Inst. de except.* in prin. *L. dolo, C. de inutil. stipul.* Specialis ergo hæc exceptio est, quæ unam hanc caussam habet, si quid ab initio gestum sit dolo malo, et statim ab initio in re gerenda ex hoc ipso dolo nascitur. In quo si quæratur quid hic videatur dolo fieri, eadem præcepta sunt quibus (4) in actione de dolo explicanda usi sumus, quando et illa ex eadem caussa et facto nascitur.

III. Est, ut dixi, et doli exceptio quædam generalis competens ex omni caussa propter quam quid dolo quoquo modo petitur, quanvis re ab initio dolo (5) non contracta, ut indicatur *L. 2. §. et generaliter, L. 4. §. penult. D. de dol. mal. excep.* Hujus caussa describitur a Paulo in *L. 1. D. eod.* Cum enim constet ideo hanc exceptionem propositam esse a prætore, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem æquitatem prosit; satis significatur caussam hujus exceptionis esse hanc, si quis quid petat per occasionem juris civilis contra æquitatem naturalem, in hac petitione dolum esse petitoris; hinc reo doli exceptionem, ne hic is dolus ei noceat, actori prosit. Dicitur autem quis petere per occasionem juris civilis, qui actionem habet ipso jure civili comparatam, cujus juris occasione et auctoritate nunc utitur ad petendum; petere autem contra æquitatem naturalem, qui jure quidem civili summo, seu subtilitate juris actionem habet; sed ita ut non sit æquum natura reum eo nomine teneri, ut plane his verbis Pauli contineatur id quod Justinianus de caussa omnis exceptionis posuit in principio *tit. Instit. de except.* hinc exceptioni tunc locum esse, cum justa est, id est jure comparata persecutio, sed iniqua adversus eum cum quo agitur. Recte autem dicimus in hac petitione dolum actoris versari, seu quod ita petitur dolo peti ex definitione doli. Nam si dolus est omnis machinatio et factum omne adhibitum alterius decipiendi caussa, cum aliud agitur et aliud simulatur, ut recte Servius definivit, *L. 1. D. de dol.* non potest quin in hunc dolum incurrere intelligatur quæcunque est petitio ejusmodi qualem diximus. Etenim qui jus civile obtendit, ut aliquid petat, hoc prætextu simulat se maxime juste agere, eodemque prætextu utitur, ut per speciem juris extorqueat reo quod non debet, id est ut cum hac machina in fraudem

(1) Ita et noster ad *L. 8. C. de non num. pec.* Cels. Bargal. *Lib. 4. de dolo C. 2. n. 8.* ubi *n. 6. et 7.* alias aliorum diversiones percenset, sed eas rectius subdivisiones statui ostendit.

(2) Sed specialem duplicem facit Bargal. *d. C. 2. n. 10* Aliam directam quæ immeditate ex negocio doloso, qua de hic noster. Aliam subsidiariam quæ in locum alterius deficientis accomodatur. Ut quæ datur ex facto alterius alteri, unde per juris regulas exceptio pacti dari nequit, ut *supra C. 4. N. 4.*

(3) Quando nempe contractus ipso jure tenet, ut stricti juris indistincte; bonæ fidei autem si dolus incidens, non si negocio caussam dedit, *L. 10. §. 2. de pact. vid. supra Lib. 12. C. 7. n. 11 N. 4.* Zang. *P. 3. C. 13. n 12. et seqq.* Eademque exceptio, etsi ex secundo contractu in quo dolus non adhibitus, celebrato tamen ad confirmationem prioris dolosi agatur, ut post Cravet. *Cons. 142 n. 13* Poller. *addit. ad Marant. p. 6. membr. 9. n. 25.* quod dignum notatu.

(4) Unde hæc exceptio specialis æque odiosa, Bargal. *Lib. 4. de dolo C. 2. n. 12. et Lib. 6. reg 30. n. 4.* Non tamen æque famosa ceu vult Zas. *in L. 2. §. ult. h. t. n. 4.* et indistincte de hac exceptionem adeoque etiam generali, Zang. *P. 3. C. 11. n. 103.* sed opinionem suggillat, *L. 4. §. 16. h. t.* et ita infamiam facti infligit Bargal. *d. C. 3. n. 13. et n. 75.* Nec eadem omnino exprimenda ita excipienti quæ agenti de dolo, si recte Bargal. *d. C. 2. n. 89. et seqq.* Ac ubi non plene securus est quis hac exceptione, de dolo quoque actionem habet ad rescindendum negocium dolosum. De quo et quando hæc exceptio cum actione doli concurrat, Bargal. *d. C. 2. n. 80. et 3. seqq.*

(5) *L. 36. in fin. de V. O.* Unde hæc generalis exceptio non semper datur dolum passo, sed sæpe impedit objecta, ne dolo circumveniatur reus, Bargal. *d. C. 2 n. 41.* Et ut competat, non requiritur ut dolo quid antea admiserit actor, sed modo non recte agat, Hart. Pist. *Lib. 3. Q. 11. n. 7.* Nam etsi cum iniretur negocium nulla machinatione usus actor, tamen postquam contractus inutilis redditus, ex. gr. pacto interposito ne peteret, et inde actio inefficax; quia scit æquitatem exceptionis suæ petitioni obstare, petendo in dolo versatur, Poller. *addit. ad Marant. p. 6. membr. 9. n. 21.* P. Fab. *ad L. 177. de R. J.*

illiciat: re autem vera id agit ut injurjam faciat. Verum est enim proverbium vetus, summum jus summam esse injuriam, denique summum jus ab æquitate dissidens jus non est; unde jus recte definitum ab Ulpiano, ars æqui et boni, *L.* 1. *D. de just. et jur.*

IV. Ergo, ut ad caussam hujus exceptionis redeam, exceptionem doli generalem duæ res junctæ (6) constituunt: ab actore actio illi jure ipso comparata; a reo naturalis æquitas quæ illum defendat faciatque ut æquum non sit eum teneri, et simul ut adversus hanc æquitatem iniqua sit petitio. Hanc caussam summam hujus exceptionis eleganter expressit Papinianus hac definitione: *qui æquitate defensionis*, inquit, *infringere actionem potest, doli exceptione tutus est*, *L.* qui æquitate, 12. *D. de dol. mal. exc.* Oritur hæc æquitas defensionis et ipsa ex suis caussis; ut scilicet tum huic æquitati locus sit cum justa aliqua caussa est propter quam statuamus non esse æquum reum teneri. Hæ caussæ numero prope infinitæ sunt, tractatione veterum qualis exstat in Pandectis sub eodem titulo, valde confusæ et incertæ; suis autem et certis generibus comprehensæ ad nonnullam regulam certitudinis revocari possunt. Quod nunc (7) facere, ut et in aliis partibus, conati sumus.

V. Earum igitur caussarum æquitatis quæ hanc exceptionem tribuunt, dum genera sunt, eadem scilicet quæ et peremptoriarum exceptionum esse supra diximus, etsi speciebus ipsis plurimum differunt. Quædam una cum ipso contractu originem habent, quædam nascuntur postea. Nascuntur cum ipso contractu quæ contractui caussam præbent; quæ eædem intervenientes in principio faciunt ut jam ab initio reus æquitatis jure non debeat teneri. Denique illæ ipsæ ex quibus peremptorias exceptiones speciales ab initio nasci suo loco diximus.

VI. Hæ sunt autem maxime quatuor, metus, dolus, error, spes pecuniæ mox accipiendæ et non acceptæ, eum hæ res contractui caussam præbuerunt: dum quis scilicet quid contraxit, gessit aut coactus metu, aut deceptus dolo, aut errore falsæ caussæ inductus, aut dum sperat se pecuniam mox accepturum, cavit se accepisse quam non accepit. Sunt ex his caussis singulis singulæ exceptiones speciales proditæ, metus caussa, doli mali, in factum, pecuniæ non numeratæ, ut in enumeratione peremptoriarum exceptionum supra ostendimus. Hoc dicimus, ex iisdem caussis singulis paratam esse et doli mali generalem exceptionem quæ cum his concurrat et quam, prout reo visum erit, liceat agenti opponere. Declarat id illa definitio Papiniani superior, eum qui æquitatis defensione infringere actionem potest, doli exceptione tutum esse, *d. L. qui æquitate, D. de dol. mal. except.* Nam qui superiores exceptiones habet, æquitatis defensione tutus persecutionem ut iniquam removet, *Inst. de exception.* in prin. Declarat apertius Ulpianus definiens generaliter, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem: et dolo facere omnem, quicumque id quod quaqua exceptione elidi potest (8) petit, *L.* 2. *§. et generaliter, D.*

(6) *L.* 2. *§. pe. in fin. Si quis caut.* ne et dolus auctori quæstuosus sit cum injuria decepti, et huic simplicitas damnosa, Foller. *d. loc. n.* 20. Zang. *p.* 3. *C.* 13. *n.* 9. Bargal 4. *de dolo* 2. *n.* 4. *et n.* 13. Nam hæc ut Cujac. 22. *Obs.* 8. *et* 3. *Pauli ad edict.* in *L.* 24. *pr. de rec. arb.* asperitatem juris civilis moderatur, *L.* 1. *§.* 1. *h. L. ult. C. Pro empt.* rem temperat et emendat *L.* 38. *§.* 2. *de jurej.* Unde Cyrillo dicitur φυσικώτερα καὶ οὐ πάνυ τὴν ἀκρίβειαν ἐξετάζουσα. Naturaliter et non nimis perquirens rigorem juris. Quare ei et in foro mercatorum locus, Foller. *d. n.* 20. Cumque iniquam ac calumniosam petitionem submoveat, inde non objectam officio judicis suppleri, agentemque repelli posse docet Bargal. *d. C.* 2 *n.* 65. omnes ita, excepto Fulgosio, sentire testatus per *L.* 38. *L. ult. in fin. de pet. her.* Quod admiserim in judiciis bonæ fidei, vix in aliis vid. *supra C.* 2. *N.* 11. Hinc etiam exceptionem hanc nunquam dari malæ fidei possessori vult Jo. Garsia Gallecus *tract. de Expensis, C.* 5. *n.* 7. Qui enim fieri potest ait, ut ea juvetur qui ipse dolo fecit? Sed contrarium verius, per ea quæ *supra Lib.* 20. *C.* 7. *n.* 7. *et n.* 23. vid. Bargal. *d. C.* 2. *n.* 67. *et* 3. *seqq.*

(7) Et vere artificiosa hic dispositio, longissime præstans ea quam Bargal. *Lib.* 4. *de dolo C.* 2. servat, exceptiones has fuse sed admodum impedite pertractans.

(8) Cujac. *Par. h. t.* Bargal. *Lib.* 9. *de de dolo reg.* 30. *et seqq.* Non tamen aliter, nisi cum scit actor adversarium exceptione aliqua tutum esse; cumque, saltem eo tempore quo agit, in dolo versatur eo ipso quod petit, ut *supra n.* 3. *N.* 6. Secus si ignorantia talis in eo ut dolo careat, *d. L.* 2 *§.* 5. *in fin.* Quare quando ignorantia probabilis est heredi, *L.* 42. *de R. J.* si is (contra pactum defuncti de non petendo ex. gr.) experiatur, caussam cur non debeat petere nesciens, is sane exceptione alia quæ defuncto obstitit (ex gr. pacti) recte submovetur. Ast non item hæc exceptio doli generalis ei recte objicietur, licet defuncto si ipse egisset (qui pactum ex. gr. iniit) objici potuisset per *d. L.* 2. *§.* 5. *in fi. L.* 177 *§.* 1. *de R. J.* ubi Petr. Fab. *et ad L.* 63. *eod* Foller. *addit. ad*

*eod.* Non facit quidem dolo actor, nisi cum adversus has caussas petere instituit, præsertim si inter initia nihil dolo fecit; ut accidit ei qui eodem errore quid stipulatus est quo reus promisit, aut qui pecuniam mox numerare cogitans pecuniæ tanquam jam numeratæ cautionem admisit, *dict. Leg. secunda, §. et generaliter.* Sed non eo minus hujus exceptionis caussæ in superioribus factis jam ab initio reo constitutæ sunt quandocumque actor contra petere volet, atque adeo quamvis nunquam agere instituat.

VII. Sunt igitur ex his caussis omnibus statim ab initio ut reliquæ speciales exceptiones, ita et hæc doli simul nata exceptio qua reus quandoque suo jure utatur, sicut et cæteris cum usus tulerit Etsi autem ad hunc concursum probandum satis esse possunt superiores definitiones quæ generales sunt; tamen ut concursus iste et conjunctio fiat certior, operæ pretium est spectare singulas istas speciales exceptiones, et observare de singulis nominatim esse traditum, ei qui ex his unam aliquam habeat, simul tribui exceptionem doli mali; nec solum tribui, sed etiam tribui eodem jure, nisi si quid hac parte distat forte exceptio metus caussa, ex quo etiam quid speciales illæ tribuant intelligetur. Ergo qui metus caussa quid promisit, habet metus caussa exceptionem. Sed et huic proposita est exceptio doli generalis, par cæteris rebus: tantum hoc distat a priore, inquit Ulpianus, *quod exceptio doli personam comp'ectitur solum ejus qui dolo fecit; enimvero metus caussa exceptio in rem scripta est, si in ea re nihil metus caussa factum est,* significans quod indicat postea, exceptionem doli in hac specie objici tantum posse ei qui metum intulit, non etiam ejus successori qui nihil metus caussa, nihil dolo malo fecit: exceptionem autem metus caussa (9) non auctori solum qui metum adhibuit, sed et successori ejus ad quem res ab illo pervenerit, objici posse: hoc ille in *L. 4. §. penultim. D. de dol. mal. except* Si quis quid promiserit deceptus dolo, huic certum est constitutam esse exceptionem doli mali, et eam specialem; quippe quæ jam ab initio nata sit ex dolo, non aliunde, *Inst. de except.* Diceremus et huic propositam esse generalem exceptionem doli, nisi esset inutile et supervacuum. Quorsum enim adhiberi generalem istam, cum specialis in hac re non solum idem exprimat quod generalis, sed etiam cum ad specialem dolum referatur qui initio intervenit, id faciat multo et certius et efficacius? Obiter notandum, ex hac caussa esse illam exceptionem doli, quæ commemoratur in *L. si procurator, 9. D. de dol. mal. exc. Si procurator rei,* ait Paulus, *pecunia accepta damnari se passus sit, et cum dominio judicati agatur* (agi enim summo jure potest, *L. 4.* in pr. *D. de re jud.*) *tuebitur se dol mali exceptione.* Unde ergo hæc exceptio? nempe ex eo quod actio ista judicati jam ab initio adversus dominum hunc constituta est dolo adversarii, unde specialis illa doli exceptio, ac propter hanc si quis vult etiam generalis.

VIII. Et qui errore lapsus stipulanti promisit quod non debuerat promittere, ei exceptio est in factum composita ad impugnandam actionem qua jure civili tenetur ex stipulatione; de qua specie est in *Inst. de exc.* in pr. Sed et hic, si vult, doli exceptione utitur; quod diserte Ulpianus scri-

*Marant. P. 6 memb. 9 n. 21.* Gœd. *de Contr. stip. C. 8. n. 114.* Cavendum itaque ne incautis imponat nimis generale dogma eorum qui hanc exceptionem ita latissime manere scribunt, ut omnibus judiciis et ubicunque justa alia exceptio est accommodetur; in quibus Cujac. 3. *Pauli ad edict. in L. 24. pr. de rec. arb.* et Bargal. *d. Lib. 6. reg. 31.* Ut enim ei qui in dolo nec antea versatus est nec petendo dolose facit, doli mali exceptio vel generalis objici possit, nulla juris vel naturæ ratio sinit. Facessant vero qui sufficere volunt si dolus in re sit, extra propositum agentis. Is enim certe dolus malus non est, vid. *supra Lib. 15. C. 41. N. 5.* Cæterum hæc exceptio concurrens naturam ejus æmulatur in cujus locum succedit, Bargal. *d. Reg. 30. supra Lib. 14. Cap. 38. n. 11. post med.* Unde si in locum alterius non odiosæ successit, nec hæc odiosa *ibid. n. 5. et Lib. 4. C. 2. n. 13.* De quo vulgaris distinctio est, odiosam censeri quando contra jus commune competit, ut cum datur loco exceptionis Senatusconsulti Macedoniani; secus quando ex æquitate juris naturalis, quæ dictat ut succurratur decepto, ut cum succedit loco exceptionis metus, Cagnol. in *L. 2. C. de resc. vend. n. 68.*

(9) Et in exceptione metus sufficit allegare metum adhibitum in contractu celebrando, nec oportet designare personam quæ eum intulit, nec quæ passa est, si recte Foller. *addit. ad Marant. P. 6. memb. 9. n. 34.* (ubi et huic inter mercatores locum dat) et Bargal. *d. C. 2. n. 78.* Fac. *L. 14. §. 3. D. Quod met. cu.* Unde *ibid.* Bargal. et Zang. *P. 2. Cap. 13. n. 101. et seqq.* filio quoque contra patrem (nisi in ejus potestate sit et in rebus peculiaribus metus illatus, *d. L. 4. § ult.*) et liberto contra patronum exceptionem metus non negari, cum non ita ut exceptio doli opinionem suggillet. Quod ita admiserim, modo non parens ipse metum intulisse arguatur.

lit in *L. si quis cum aliter*, 36. *D. de verb. obl.* Et quidem ad hunc errorem referri debet illa exceptio doli apud eundem Ulpianum in *L.* 2. §. *circa*, *D. de dol. mal. exc.* cum ita scribit: *si quis sine caussa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur; exceptio utique doli mali ei nocebit.* Id sic accipiemus, si modo quod sine caussa promisit promiserit (10) per errorem, dum caussam promittendi putabat subesse quæ nulla erat; ut, si heres decem testamento legata legatario stipulanti promiserit, cum ignoraret ea adempta esse codicillis. Nam qui nullam caussam subesse sciens qua cogeretur, nihilominus volens promisit, jure ita tenetur ut nec solutum possit repetere, *L. indebitum, C. de cond. ind.* nec rebus integris si conveniatur, habeat exceptionem, quia donare voluit, *L. Campanus, D. de oper. lib. L. in summa.* §. 1. *D. de cond. ind.* Hujus erroris exemplum est in *L. ult.* in pr. *D. de dol. mal. exc.* in illo patre homine rusticano qui, cum se putaret usuras dotis a se pro filia promissæ ex mora debere, chirographo cavet a se debitas: cum tamen in judiciu dotis usuræ citra conventionem non debeantur nisi ex mora, proponeretur autem pater in dote solvenda moram non fecisse. Quem ideo, ait Scævola, si ex chirographo conveniatur, exceptione doli mali se tueri posse. Nec illi obstabit quod forte in jure erraverit; nam juris error (11) rusticis non nocet, *L. regula. D. de jur. et fact. ign.* Sed hæc species nonnulla cautione indiget. Neque enim qui quid indebitum per errorem promisit, semper eo nomine exceptionem habet; idque jus et ad exceptionem doli et ad exceptionem in factum, si quis ea in hac re uti malit, ex æquo pertinet. Quod ergo dicimus, si quis sine caussa per errorem promiserit quæ non debebat, cum adversus stipulatorem exceptionem habere sive in factum sive doli, tum sine exceptione verum est cum promisit ei cui se debere putabat neque debebat: quæ species est *d. L. si quis cum aliter, D. de verb. obl. L.* 2. §. *circa. L. ult.* in pr. *D. de dol. mal. exc.* Quod si quis promisit per errorem quod quidem non debebat, sed promisit ei cui sciebat se non debere, delegatus puta ab eo cui se tantumdem debere existimabat; hic (12) distinctione utimur. Nam si ab alio delegatus promiserit vero creditori ejus qui delegavit; quisquis in promittente fuerit error, dum se deleganti putabat debere quod non debuit, nec si a debitore delegante circumventus reus datus sit, ullam exceptionem habet adversus creditorem, quia ille suum petit; nihil autem dolo facere videtur creditor qui suum recipit, ut est regula juris, *L. nihil dolo, D. de reg. jur.* Quid ergo? peribit res sua erranti, et impune fraudem patietur qui nihil debuit? Immo res ei salva erit, sed adversus eum qui delegavit, cui se putavit debere et cujus nomine se alii reum fecit. Aget igitur cum eo incerti ut se liberet si nondum solvit; aut pecunia soluta, eam condicet vel repetet judicio mandati: hoc ita magno consensu traditum de hac specie his locis, *L.* 4. §. *item quæritur*, 19. *L. pure*, 5. §. *pen. D. de dol. mal. exc. L. si quis delegaverit*, 12. *L. doli*, 19. *D. de nov. L. si donaturus*, §. 1. *D. de cond. caus. dat. L. Nesennius, D. de re jud.* Enimvero si is qui deleganti se debere putabat nec debebat, delegatus promiserit ei cui et ipsi a delegante nihil debebatur, placet promissorem etiam hic adversus petentem exceptione doli mali uti posse; idemque esse, etsi delegatus sit ab eo cui delegans donatum volebat; et amplius utroque casu promissorem cum stipulatore agere posse ut se liberet: hoc in *L. Julianus*, 17. *D. eod.* Æquitas hæc est, quod stipulator ex utraque caussa id agit, non ut suum recipiat; cui nihil abest de suo; sed locupletetur ex alieno, idque cum injuria et damno promissoris. Natura autem hoc æquum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem, *L. nam hoc natura, D. de cond. ind.* Non minus ei cui exceptio est pecuniæ non numeratæ ex eadem caussa est (13) exceptio doli mali, caussa ab initio consti-

(10) Ex gr. si fidem testamenti secutus 100 promisit, nescius 50. codicillis adempta, Don. ad *d. L.* 36. *n.* 4. Magni vero erroris caussam interpretibus præbuit *d. L.* 2. §. 3. qui simpliciter stipulationem sine alia caussa non valere, caussæve errore et falsitate semper vitiari commenti sunt, vid. Gœd. *de Contr. stip. C.* 3. *Concl.* 5. *et supra Lib.* 14. *C.* 36. *N.* 12.

(11) Sed Menoch. *Arb. Cap.* 194. *n.* 55. caussam decisionis *d. L. ult. pr.* non in rusticitate ponit quæ ex facto evenit, sed in ipsa caussa usurarum in ea specie erronea et indebita. Apparet autem hic nostrum sentire, qui errore juris promisit, exceptione hac erroris se non tueri. Cui tamen eam rectius non negat Zang. *P.* 3. *C.* 13. *n.* 10. *et seqq.* Quod et consequens videtur iis quæ *supra Lib.* 1. *Cap.* 21. *n.* 14. *et seq.*

(12) Conferatur de hoc plenius tractans Bargal. *Lib.* 4. *de dolo Cap.* 2. *n.* 35 *et seqq.* add. *supra Lib.* 16. *C.* 20. *n.* 27.

(13) Ubi exceptio doli lapso quoque biennio superesse communius traditur, referente et probante Bargal. *d. C.* 2. *n.* 76. *et seq.* Contrarium firmatum *supra Lib.* 14. *C.* 38. *n.* 11. *et seq.*

tuta eadem quæ et exceptionem pecuniæ non numeratæ peperit, *L.* 3. *C. de non num. pec.*

IX. Atque hoc primum genus est earum caussarum quæ æquitate defensionis exceptionem doli mali reo tribuunt. Alterum genus erat earum quæ nascuntur reo postea. Earum item duo genera sunt inferiora. Nascuntur enim aut ex genere quodam liberationis post secutæ, aut tum cum agitur, ex mutuæ alicujus præstationis recusatione. Ex genere liberationis post secutæ nascitur æquitas defensionis ad doli exceptionem, cum re et actione ab initio utiliter constituta, incidit postea aliquod factum quod quidem reum ipso jure non liberet, sed tamen ejusmodi sit propter quod æquum sit reum non teneri, ut consequens sit, si is non liberetur ipso jure, at saltem tutum esse debere per exceptionem quæ doli exceptio est, æquitatis defensionem illam habens quam dixi: unde evenit ut sint hæc facta non justa liberatio, sed quæ re exceptionis vicem liberationis obtineat.

X. Hæ caussæ atque hæc facta sunt fere numero septem; remissio simplex debiti; solutio interdum; nonnunquam amissio pecuniæ debitæ; alias impedimentum præstandi necessarium objectum reo; alias caussa stipulandi non secuta; alias actio sublata una ex pluribus quæ ejusdem rei nomine competebant; postremo omnis exceptio specialis ad liberationem reo postea quæsita. Hæc non simpliciter nec eodem modo ad exceptionem doli valent, nec una et eadem ratione æquitatis continentur. Proinde faciendum est ut hæc ipsa cujusmodi sint singula, eodem ordine breviter consideremus.

XI. Prima igitur hujus generis caussa ad liberationem quæ per exceptionem contingat, est remissio debiti simplex ab eo ad quem ea res pertinet in reum collata. Remittit debitum qui nuda voluntate declarat se nolle reum amplius teneri. Remittitur debitum hoc modo aut pacto, aut suprema voluntate. Pacto nominatim, cum aperte convenit inter debitorem et creditorem ne pecunia petatur. Hæc pactio jure ipso non tollit obligationem quæ solo pacto contracta non est; sic enim regula est naturæ, ut quibus quidque modis colligatum est, iisdem et dissolvatur actis in contrarium. *L. nihil tam naturale, D. de reg. jur.* Sed quia natura æquum est pacta servari, ideo placuit pactionem saltem valere ad exceptionem; quæ exceptio ex re dicitur pacti conventi, §. *præterea. Inst. de exc. L.* 1. in pr. *L. jurisgentium.* §. *sed cum nulla, D. de pact.* Hinc liberationis quoddam genus, cujus æquitas una secum adfert doli exceptionem, *L.* 2. §. *item quæritur, D. de dol. mal excep.* Hujus pacti species est, cum eadem quantitas annua vel aliter sæpius repetita promittitur ad tempus, aut constituitur servitus itidem ad tempus. Quæ enim ita promituntur, constituntur, apparet in his hoc agi ne post tempus præfinitum debeantur. Hæc etsi verborum significatio et conventio est; tamen ad tempus obligatio constituta, nihilominus jure perpetua est; quia ut tempore et pacto non constituitur obligatio, ita nec tempore nec pacto solvitur, ut dixi. Sed tamen et hic quoque conventio servanda est. Atque hinc etiam adversus eum qui post tempus petat, placet (14) eandem illam exceptionem paratam esse tum pacti conventi, tum doli mali, *L. obligationum fere illic, placet, D. de obl. et. act. L.* 4. *D. de ser.*

XII. Ac minor dubitatio est, cum quid istiusmodi nominatim convenit quale supra. Sed quod præcipue in hac remissione monendum fuit, hoc amplius dicimus, etsi quid remissum sit tacite voluntate ejus ad quem res pertinebat, non minus propositam his esse doli mali exceptionem adversus eum, qui contra quam consenserit petat, undecumque voluntatis conjectura ducatur. Cujusmodi exemplum proponitur in fructuario, in *L.* 4. §. *quæsitum.* 12. *D. de dol. mal. exc.* Qui usumfructum fundi habebat, domino proprietatis fundum vendituro consensit ut venderet Titio. Si fructuarius usumfrumctum postea vindicet ab emptore, vindicanti exceptionem doli objici posse placuit. Unde igitur hæc exceptio? Ex remissione fructuarii tacita, per consensum superiorem usumfructum quem habebat in eo fundo remittentis. Voluntatis conjectura ex consequentibus. Nam qui voluit quod est consequens, omnino et id velle intelligitur quod necessario antecedit, et sine quo ad id quod voluit perveniri non potest. *L.* 2. *D. de jurisd. L. illud, D. de acqu. her.* Atqui ex venditione non potuit fundus alienari, nisi et dominium et dominii pars omnis transferretur; proinde et fundi usufructus, qui dominii pars est. *L.* 4. *D. de usufr.* Neque vero potuit hic usufructus a venditore transferri, nisi ejus factus; nec potuit ejus fieri, nisi a fructuario remissus. Quare qui alienationi fundi consensit, simul quod ad utilem alienationem prius necesse erat, ejus fundi usumfructum

(14) Vid. *supra Lib.* 11. *C.* 10. *n.* 15. *et seqq. Lib.* 15. *C.* 9. *n.* 5. *N.* 1.

venditori remisisse intelligendus est. Ejusdem consensus taciti ad remissionem exemplum est in pœnali stipulatione commissa. Promisit quis se quid daturum, et nisi dedisset, promisit pœnæ nomine decem: non dedit, atque ita pœna commissa est. Stipulator utrumque petit, et rem promissam et pœnam. Secundum verba recte utrunque, quia conjunctim hæc ita promittuntur: Pamphilum dabis? et si Pamphilum non dederis, decem dabis? Sed placuit eum qui utrumque petat, exceptione doli esse repellendum; iniquum enim esse utrumque consequi: hoc ex Labeone in *L.* 4. §. *Labeo,* 7. *D. de dol. mal. exc.* Cur ergo iniquum? quia contra quam a contrahentibus actum est; quæ mens contrahentium conjicitur partim ex conditione pœnalis stipulationis, partim ex natura pœnæ. Ex conditione; quia sic pœna promittitur, si illud datum non erit: quæ conditio facit, ut si illud idem nunc petatur et ex petitione detur, pœnæ locus non sit cujus conditio non exstiterit. Ex natura pœnæ; quia pœna quæ est delicti coercitio, ibi nulla potest aut certe nulla debet esse ubi nullum est delictum, *L. aliud est fraus, D. de verb. sign.* Nullum autem delictum est promittentis, si semel cœperit dare quod promisit. Ex quibus intelligitur id actum esse ut stipulator quidem eligere possit utrum petat; sed cum unum petierit, hujus petitio alterius liberationem adferat saltem per exceptionem. Eadem stipulationis pœnalis interpretatio est, cum creditor pactus est ne peteret; et si petiisset, promisit pœnam. Nam cum verba conjunctim hic tribuant debitori et exceptionem si ab eo petatur, et simul ex stipulatu actionem ad pœnam petendam; tamen placuit hic quoque debitorem (15) alterutra via contentum esse debere, etsi ex caussa pacti exeptione utatur, vel eum accepto ferre debere stipulationem, vel si postea pœnam petat, exceptione doli summovendum; quia hæc tacita mens sit contrahentium, *L. rescriptum*, §. 1. *D. de pact.* Etiam dissimulatio creditoris interdum taciti pacti significationem habet, atque hinc etiam doli exceptio, ut in specie *L.* 4. in pr. *D. de dol. mal. except.* de qua illic ita scriptum est: *si cum Titio mandassent creditores hereditarii ut adiret hereditatem, unus non mandavit decipiendi ejus caussa, mandaturus alioqui, si non foret hic aditurus.* Ait Celsus, si hic deinde agat, doli eum exceptione repellendum. Nempe ideo quod dissimulans idem voluit quod cæteri; aut si de eo dubitetur, quod ambigue factum videri potest sic accipiendum erit ut auctori noceat, *L. stipulatio ista,* §. *in stipulationibus.* 1. *de verborum obligationi.*

XIII. Quæ pacti vis est ad remittendam actionem, atque hinc tanquam ex naturali quadam liberatione ad comparandam reo doli exceptionem; eadem est et supremæ voluntatis, si quid testator noluit heredem suum petere, sive nominatim eum petere vetuit, sive debitori liberationem legavit. Hæc voluntas non magis debitorem liberat, quam creditoris pactum. Hic enim valet eadem illa regula juris; ut quæ obligationes nuda voluntate contractæ non sunt, nuda voluntate dissolvi non possint, *d. L. nihil tam naturale, D. de reg. jur.* Sed quia præcipue voluntates supremæ servandæ sunt, *L vel negare, D. test. quan. aper.* quæ hic voluntas jure ipso valere ad liberationem non potest, sequitur ut saltem servari debeat (16) per exceptionem: et hæc doli exceptio est, *L.* 4. §. *præterea,* 10. *L. dolo, D. de dol. mal. exc. L.* 3. §. *nunc de effectu, D. de liber. leg.* Jam quod consensus tacitus facit inter vivos, id multo magis efficit nuda voluntas testatoris ad remissionem debiti, et exceptionem doli mali hinc inducendam. Exemplo sit ea species quæ refertur in *L. ult.* (17) §. 1. *D. de dol. mal. exc.* Ubi cum testator legavisset

(15) Subjuncta enim pœnæ stipulatio, non ut utrumque et pacti commodum et pœnam consequatur paciscens, sed alterutrum, *L.* 12. §. 2. *de pac. dotal.* Excipitur nisi clausula *rato manente pacto* stipulationi inserta, ubi præter exceptionem pacti, actio superest *L. pen. D. L.* 17. *C. de trans.* vid. Cujac. et A. Fab. ad *d. L.* 10. §. 1. *de pact.* Hot. *Ill. Q.* 10. Pac. 1. *Enant. Q.* 90. Petr. Alvarot. *in repetit. d. L.* 10. §. 1. *inserta,* Fortun. Garcia ad *L.* 7. *de pact.* Huc pertinet *L.* 4. §. 3. *h. t.* ubi male Goth. pro *sexaginta* reponit *sexcenta* sententiam pervertens, quæ talis: Si officio arbitri non pareat jussus dare 60. quæ debentur, posse amplius peti, id est pœnam 100. compromissam. Aliud exemplum *L.* 2. §. *pen. h. t.* vid. *supra C.* 4. N. 1. vers. *Alterum.*

(16) Sicuti et contra legatarios agentes exceptione doli, si non impleverint conditionem appositam, *L.* 40. §. 5. *de cond. et dem. L.* 1. *C. de his quæ sub. mo.* vid. P. Fab. ad *L.* 19 §. 1. *de R. J.* Turamin. *de exeq. legat. C.* 4. *n.* 25. *et seq.*

(17) Unde vulgo notant enunciativis verbis induci dispositionem favore liberorum. Quod impugnat Ant. Fab. 26. *Err. Prag.* 5. volens exceptionem doli ibi dari non ob liberationem legatam; alioquin, ait, Frontoni ipsi patri ac debitori daretur; sed quia voluntas avi testatoris non obscura, si ea 15. a Frontone genero suo soluta sibi essent, tanto plus eum nepotibus Frontonis liberis relictum fuisse. Quæ tamen forsan inanes argutiæ. Nam eo ipso quod heredis petitio quæ

quædam debitoris sui heredibus, et adjecisset se plura legaturum fuisse, nisi pater legatariorum sibi injuriam fecisset in certa summa deneganda quam illi mutuam dedisset; respondit Scævola hac adjectione videri his legatariis remissum debitum paternum: itaque heredes defuncti si ab his petantur, contra voluntatem facere videri, et doli mali exceptionem his obstaturam. At unde colligitur id sensisse testator, qui de re nihil cavit, ac potius nominavit debitum, de quo etiam non reddito questus est? Nempe ex eo quod hac adjectione significavit se, quia plura legaturus fuerat si debitum accepisset, idcirco se id non facere ut debitum in id acceptum faceret quod amplius fuisset legaturus. Eadem voluntatis conjectura ad legati remissionem valet et heredem legati præstatione per exceptionem liberat, quoties legatum relictum est simpliciter, ut secundum verba recte peti possit; sed intervenit postea aliquod factum legatarii, quo secuto, verisimile sit circumveniri voluntatem defuncti, eoque iniquum sit et contra defuncti mentem legatum exigi. Quod in hac specie responsum est, eum ex pluribus heredibus unus ex aliqua parte institutus, cui eidem aliquid legatum erat, hereditatem repudiat ut ab oneribus hereditariis liber legatum consequatur sine molestia. Huic enim secundum verba id facere licere apparet: et quidem ita licet ut, si sine dolo malo hereditatem repudiet quo ab ea in totum discedat nec quidquam eo nomine consequatur, legatum recte petat, et sine metu doli exceptionis. At si ita repudiet ut a substituto pretium accipiat vel quid pretii loco, placet legatum petentem dolo videri facere, ac propterea (18) doli exceptione repelli: scilicet quia verba legati servans circumvenial sententiam testatoris, simulans se hereditatem repudiare, cum per ea accipiat quod vice ejus fungatur: de hac specie est in *L.* 4. §. *si quis ex unica*. 11. *D. de dol. mal. exc.*

XIV. Secunda species liberationum hujus generis ad doli exceptionem proficientium est solutio interdum; quod fit hoc modo. Justa solutio debitorem ipso jure liberat: tollit enim obligationem, *Instit. quib. mod. tol. oblig.* Ad hanc exceptio non pertinet. Injusta et cui aliquid deest, nunquam liberat ipso jure, sed valet interdum ad doli exceptionem. Quod duobus casibus contingit. Uno, si debitor solvat creditoribus iis quibus non recte solvitur, ut pupillo sine tutoris auctoritate, adolescenti aut prodigo sine auctoritate curatoris, iique ex ea solutione locupletiores facti sint. His personis isto modo non recte solvi constat, quia rerum suarum, eoque et actionum alienationem non habent. Sed si locupletiores facti petant, hoc postulant locupletiores se fieri cum detrimento debitoris: id agunt ut bis idem exigant. Utrumque iniquum et contra bonam fidem, *L. nam hoc natura. D. de cond. ind. L. bona fides. D. de regul. jur.* Atque hinc æquitas defensionis, qua fit ut petentibus doli exceptio noceat, *L.* 4. §. *si quis pupillo*. 4. *D. de dol. mal. exc.* §. *ult. Inst. quib. alie. lic. vel non.* In quo si quæritur quo tempore locupletiores esse oporteat istos ut doli mali exceptione summoveantur, placet inspici in eo tempus litis contestatæ; seu quo petitur, *L. litis. D. de neg. gest. L.* 4. *D. de exc. L. in pupillo. D. de. solut.* Alter casus est non dissimilis superiori, cum debitor solvit creditori creditoris sui, nec creditor ejus solutionem ratam habet. Jure quidem ipso, qui solvit alii invito creditore, se non liberat. *L. invito, C. de sol.* proinde nec hoc casu jure ipso contingere potest liberatio. At fit creditor hac solutione locupletior, dum hactenus liberatur ea obligatione qua alii creditori suo tenebatur; ideo eadem illa ratione qua supra, placet eum, si cum eo agatur, catenus exceptione doli defendi, *L. si opera*. 6. *L. si debitor*. 16. *D. de dol. mal. exc.*

XV. Tertia caussa hujus generis est interdum pecuniæ debitæ amissio. Dixi pecuniæ; nam species certa debita si pereat postea, aut aliter debitori amittatur, nunquam exceptio ad hanc amissionem pertinet. Sive enim res periit culpa debitoris, semper æque tenetur; sive periit sine culpa ejus, ita liberatur ipso jure, ut res non admittat exceptionem, *L. si ex legati, D. de verb. oblig. L. quod te, D. si cer. pet.* Quod si pecunia debetur, et de liberatione rei propter pecu-

doli exceptione repellitur, novo jure subsistit contra nepotes, apparet Frontonem patrem jam antea decessisse. Qui et ibid. heredes patris sui (ideoque mortui) dicuntur. Vere itaque iis legata liberatio, quippe veris debitoribus, obligationis onere in se cum hereditate translatu, effectis.

(18) Recte. Expositio vero quam tradit Cujac. 14. *Obs.* 29. vix accomoda. Vult is exceptionem tantum obstare ibi petenti legatum pro sua parte, nucis scilicet in qua institutus. Non autem repelli eum, si pro parte solam coheredum petat. Nam immo accepto precio a substituto, videtur omne commodum ex testamento speratum abdicasse, legatumque petendo voluntatem defuncti circumvenire. Facit connexio *d.* § 11. *cum præced.*

niæ amissionem quæritur, hoc tenendum est, nunquam ullius pecuniæ, atque adeo omnium facultatum amissionem hoc præstare reo ut jure ideo liberetur, *L. incendium, C. si cer. pet. L. in ratione, §. incertæ, D. ad leg. Falc.* Quippe interitus rei liberationem adfert, sed ita si pereat quod debebatur, *d. L. quod te, D. si cer. pet.* Quidquid autem rerum debitori pereat, nunquam dici potest illi pecuniam debitam periisse, cum quod debitum perit, certum esse oporteat; pecúnia autem quæ debetur sit incerta, utpote debita in genere, non hæc aut illa quæ certo loco contineatur. Idque etiam hac ratione ita statui necesse est, etsi debitor certam pecuniam obtulerit creditori, quam ille sine justa caussa accipere recusarit; eaque postea debitori sine culpa ejus perierit. Semper enim vere dicetur pecuniam istam quæ periit non fuisse eam quæ deberetur, cum deberetur genus non species. Sed quod hic jure non fit, placuit in eo debiturem æquitate rei consequi ut tueri se possit doli mali exceptione, quanvis aliquando interpellatus non solverit; quæ Marcelli sententia est pluribus exposita in *L. qui decem, in princ. D. de sol. non enim,* inquit, *æquum est teneri, pecunia amissa, qui non teneretur, si creditor accipere voluisset.* Et recte, non æquum. Dum enim creditor sine justa caussa accipere non vult, et pecunia oblata perit postea debitori, apparet culpa et mora creditoris factum esse ne debitor liberaretur, qui pecunia accepta esset liberatus. Regulæ juris sunt certæ æquitatis, factum cuique suum, non adversario nocere debere: item unicuique moram suam nocere, *L. factum cuique, L. in condemnatione, §. unicuique, D. de reg. jur.* Idem de hac specie responsum in *L. si opera, 6. D. de dol. mal. exc.*

XVI. Quarta caussa hujus generis liberationum est impedimentum præstandi necessarium, quo factum est ut debitor quod promisit facere non potuerit. Huic locus est in faciendi obligationibus, cum quis promisit se alicubi adfuturum certo die, puta ad certum et constitutum diem judicio stiturum vel apud judicem, vel apud arbitrum; et nisi sisteret, promisit pœnæ nomine centum. In hoc genere cautionis multa accidere possunt, quibus promissor prohibeatur quod promisit, eo die præstare etiamsi velit. Alia impedimenta objicit natura rerum; ut si quis valetudine, vel tempestate, vel vi fluminis, vel incursu hostium prædonumve prohibeatur ne adsit; quibus modis omnimodo prohibetur: alia adfert necessitas juris in his, quæ alioqui natura fieri poterant: veluti, si quis municipalis muneris caussa sine dolo malo suo impediatur, aut si ad testimonium desideratus parere debuerit. Finge horum aliquid obstitisse quominus promissor suo die adesset. Secundum verba stipulationis tenebitur nihilominus, quia verum est eum promisisse ab initio quod natura et jure fieri potuerit, neque tamen fecisse. Sed quia non est æquum eum teneri qui his casibus prohibitus sit quibus obsistere non potuit; ideo placet in omnibus tribui ei exceptionem doli, qua actio summo jure constituta summoveatur, *L. 4. §. si in arbitrum. 2. D. de dol mal. excep.* idque ita pluribus declaratur in *L. 2. §. 1. §. 2. D. si quis caut.* Æquitatis ratio manifesta est; nam in iis quæ quis facere debet, si non fecit, non est ut teneatur, si imputari ei nihil potest cur non fecerit. *Quid est autem,* ait recte Paulus, *quod possit imputari ei qui facere, etiam si vellet, non potuit?* L. eum quidam, *§. si pupillo, D. de usur.* significaturque hæc ratio in dicta *L. 2. §. 2. D. si quis caut.* Huc accedit quod impedimentum hujusmodi omne sequens propemodum impossibilem fecit præstationem, certe pro eo tempore quo quis sisti debuit quodammodo impossibilem fecit. Impossibilium autem nulla est obligatio, *L. impossibilium, D. de reg. jur.*

XVII. Quinta caussa hujus generis est caussa stipulandi non secuta in iis stipulationibus quæ, cum interponerentur, justam habuerunt, ut ab initio consisteret obligatio; sed futuram, propter quam interpositæ sunt, quæ deinde non sit secuta. Quidquid verbis simpliciter promissum est, quanvis hoc animo ut aliquid sequeretur, neque id secutum sit postea; tamen ejusmodi est, ut subtilitate juris debeatur et peti possit, quia verbis promissum est. Sed æquum est quod promissum est ob caussam, caussa non secuta, non præstari: æquum, quia actum inter contrahentes. Hinc doli exceptio quam placet caussa non secuta petenti nocere, ut hic eventus sequens per exceptionem doli debitorem liberet. Idque ita est, sive caussa nondum secuta sit quæ adhuc sequi potest, sive caussa sit finita ut jam sequi non possit, *L. 2. §. circa, in fin. D. de dol. mal. exc.* Caussæ nondum secutæ exemplum est, quo utitur Ulpianus in dicto *§. circa,* si quis crediturus pecuniam simpliciter stipulatus sit certam summam sibi dari, et priusquam crediderit, ex stipulatione petat. Finitæ caussæ, exemplum id quod apud eundem refertur in *L. 4. §. 1. D. eod.* Id tale est. Maritus æger centum aureos uxori suæ donare volens caussa mortis, interposuit quemdam consobrinum uxoris

suæ, cui stipulanti eam summam simpliciter promitteret, eo animo scilicet ut eam pecuniam mulieri redderet quo ad eam perveniret; deinde maritus convaluit. Donatio caussa mortis in ea caussa est ut, quanvis perfecta, tamen convalescente donatore revocetur, *L. senatus*, §. 1. *D. de mort. cau. don.* Sed non item stipulatio mortis caussa infringitur. Nam sive moriatur maritus sive vivat, semper verum est pecuniam stipulatione simpliciter promissam esse, eoque ex stipulatione deberi donec solvatur. Sed quæ ob caussam interposita erat stipulatio, non est æquum eam valere caussa non secuta. Jam vero caussam stipulationis mortis caussa interpositæ tum maxime secutam non esse constat, cum finita est. Hic autem convalescente marito finita proponitur.

XVIII. Sexta caussa hujus generis est actio sublata una ex pluribus quæ ejusdem rei nomine competebant. De qua specie ita jus est: quoties plures actiones ejusdem rei nomine competunt, una electa ex qua actor quod debebatur sit consecutus, alteram consumit aut ipso jure aut per exceptionem, *L. qui servum*, §. 1. *D. de oblig. et act.* Ipso jure, cum actio quæ relinquitur est bonæ fidei: quia bonæ fidei judiciis exceptiones etiam non contestatæ insunt. Per exceptionem, cum actio quæ relinquitur est stricti juris. Exempli gratia: cui commodata res erat, is eam rem intervertit; qua ex re cœpit teneri de eadem re duabus actionibus, commodati propter commodatum, et condictione furtiva propter furtum. Si actum sit cum eo condictione furtiva, commodati actio exstinguitur, quia hæc sequens bonæ fidei est. Si prius actum commodati, manet adhuc jure condictio furtiva; sed qua agenti objicietur exceptio quæ alioqui non objecta non inest judicio, quia condictio stricti juris actio est: hoc in *L. si is cui*, 71. in princip. *D. de fur.* De hac specie, deque æquitate hujus liberationis et exceptionis, diximus plenius in argumento actionum in illa quæstione, an pluribus actionibus de eadem re competentibus liceat omnibus experiri.

XIX. Postrema hujus generis caussa est, ad inducendam doli exceptionem, omnis specialis actio postea reo quæsita, ut pacti conventi, jurisjurandi, rei judicatæ. Quia enim his exceptionibus efficitur ut tam desinat reus postea teneri, quam si actio ipso jure esset sublata, *L. nihil interest*, *D. de reg. jur.* recte dicetur eum qui unam aliquam ex his nactus sit, manifesta æquitate tanquam idonee liberatum, ne teneatur defendi. Est autem ex omni æquitate defensionis doli exceptio, *L. æquitate*, *D. de dol. mal. exc.* Sed et eum qui has exceptiones aut similes habeat, etiam doli mali exceptione uti posse, si velit, diserte traditur in *L.* 2. §. *item quæritur* 4. et §. *generaliter*, *sequen. D. eod.*

XX. Atque hoc primum genus est earum caussarum quæ postea secutæ reo exceptionem doli pariunt: genus positum in iis factis juris quæ, liberationes cum non sint, liberationis tamen instar obtinent. Sequitur alterum earum, quæ nascuntur postea ex mutuæ alicujus præstationis recusatione. Hoc genus tunc locum habet, cum actio ab initio alicui recte constituta est, nec quidquam secutum postea quod valeat ad actionem tollendam; sed tunc cum agitur est aliquid quod actor ejusdem rei nomine vicissim præstare debeat, neque desideranti reo id præstat. Id cum fit, jure actor, quanvis suum petat, exceptione doli removetur; quod præstationes mutuæ subjectæ paulo post indicabunt. Ante æquitas totius hujus generis agnoscenda est. Nascitur autem ex illa regula naturæ comprehensa edicto prætoris, quod quisque juris in alium statuerit, ut ipse eodem jure utatur. *L.* 1. *D. quod quis jur.* Quid enim dicit is qui agit? Jus et æquum esse sibi præstari id quod petit, quia adversarius debet. Ergo si reo vicissim ejus rei nomine quid debeat, vel ipsius confessione, æquum est ipsum postulanti reo id præstare, tantum ideo quia debet. Finge non præstare. Jam hoc in contrariam partem æquum esse incipit ut, quod ille adversus reum statuit non præstare quod debet, hoc item patiatur adversus se valere ne adversarius præstet ei quod petit, quanvis debeatur. Sic enim fiet quod superior regula præcipit, ut quod in alium statuit, ipse eodem jure utatur. Atque hinc illa exceptio doli quæ reum ob denegatam mutuam istam præstationem tuetur. Redeundum est enim semper ad illam definitionem Papiniani, qui æquitate defensionis infringere actionem potest, eum doli exceptione tutum esse, *L. qui æquitate*, *D. de dol. mal. exc.*

XXI. Jam quæ istæ præstationes sint videamus. Mutua præstatio quæ denegata hanc exceptionem inducit, duplex est. Nam aut præstatio est mutua alterius rei, aut rei ejusdem quæ petitur. Ultra harum recusetur, exceptioni locus est. Mutua præstatio alterius rei quæ huic exceptioni locum faciat, versatur in his fere quinque caussis; in contractibus mutuis; in sumptibus in rem petitam factis; in quarta falcidia rei individuæ legatæ nomine debita; in liberatione puri debiti sub conditione legata; in pecunia debita ei

cui pignus datum est. In mutuis contractibus, veluti in emptione et venditione; ubi si quis rem vendidit, rem tradere debet emptori; sed vicissim ei pretium debetur ab emptore. Proinde si emptor rem venditam petet, jure quidem petet; sed cum pretium mutuo debeat, recte venditor postulabit prius id sibi præstari; quod nisi emptor offerat, denegatur ei ex empto actio, *L. Julianus*, §. *offerri*, *D. de act. empt.* Sic emptor re vendita recte agit ob evictionem aut ex empto, aut ex stipulatu, stipulatione de evictione interposita. Sed idem si quid consecutus sit ex re vendita per occasionem emptionis, id ipsum quoque venditori restituere debet. Quapropter evictionis nomine agens, nisi prius præstat aut deducit quod illum hic mutuo præstare oportet, jure (19) exceptione doli mali removetur; declaratur in *L.* 2. §. *ult. D. de dol. mal. excep.* in hac specie: mercatus quis est servum proprium quidem tum venditoris, sed conditione statu liberum qui statutam haberet libertatem sub conditione, si decem domino daret. Is servus ut conditioni pareret, atque hoc modo perveniret ad libertatem, decem emptori eidemque domino dedit; quo facto servus in libertatem evictus est. Evicto eo, agere emptor potest ex stipulatione evictionis nomine interposita. Sed nisi decem, quæ accepit conditionis implendæ caussa deducat, exceptione item summoveri placet, dum ne decem data sint ex peculio quod ad emptorem pertinebat.

XXII. In sumptibus in rem petitam factis hæc ipsa mutua præstatio est quæ denegata vindicantem summovet, cum possessor alienæ rei necessarios sumptus in eam rem fecit, aut bona fide fecit utiles, quorum æstimatione non oblata, dominus perseverat rem suam petere. Æquitas enim postulat, ut hi sumptus præstentur possessori, ne petitor ex aliena jactura lucrum faciat, *L. plane*, *D. de hered. pet.* Quapropter, nisi paratus est petitor aut horum æstimationem reddere aut eorum deductionem pati, recte objicitur ei (20) doli exceptio contra æquitatem naturalem vindicanti, *L.* 4. §. *si minor*, 9. *L.* 5. §. *si donavi*, *L. cum vir*, 10. *L. Paulus*, 14. *D. de dol. mal. except.*

XXIII. In quarta falcidia rei individuæ nomine debita, mutuæ isti præstationi, ac per hanc exceptioni doli locus est, cum supra dodrantem legata relicta sunt, et inter cæteras res legata est vicino via aut similis servitus per fundum hereditarium. Si alia res legata esset quæ divisionem reciperet, ipso jure pars quarta pertineret ad heredem, quam suo jure vindicaret, *L. lineam*, *D. ad leg. fal.* Sed via et reliquæ prædiorum servitutes individuæ sunt, *L.* 1. §. *si usufructus*, *D. ad leg. fal.* Quæ res facit ut, cum servitus legata pro parte quarta non possit minui, sed tota præstanda sit; saltem pro ea parte præstari debeat heredi servitutis æstimatio. Hinc et illud placuit, si legatarius viam legatam vindicet, non oblata æstimatione quartæ partis.

(19) Quæ vulgo. Exceptio pretii non soluti et generalius implementi non secuti. De qua Cujac. 23. *Obs.* 15. Gail 2. *Observ.* 17. Coler. *de Process.* *P.* 1. *C.* 1. *n.* 211. *et seqq.* Ant. Fab. *Cod. suo tit. de Except. defin.* 43. Zang. *P.* 3. *C.* 22. Asin. *de Exsec.* §. 9. *C.* 172. *n.* 6. *et* 7. ubi hanc non tam veram exceptionem esse quam retentionem jure pignoris, implorato officio judicis contendit. Sic et mercis non traditæ exceptio est emptori, agente venditore, *L.* 5. §. 4. *h. t.* *L.* 25. *de act. empt.* Gail. *d. Obs.* 17. *n.* 13: Jo. Petr. Surd. *Decis.* 253. Generaliter namque ejus est implere contractum qui prior agit, post alios Hart. Pist. *Lib.* 3. *q.* 27. *n.* 32. *Ineptum enim* ait Tertull. citante Cujac. *d. loc. pretium non exhibere*, *ad mercem manum emittere*, nisi cui prius satisfieri debeat nominatim convenerit. Cujac. ibid. Neque huic exceptioni locus in solo venditionis contractu, sed omnibus utrinque obligatoriis. Foller. *addit. ad Marant. P.* 6. *membr.* 9. *n.* 51. Quin et legatariis ab herede objicitur Zang. *d. Ca.* 22. *n.* 15. add. *h. Cap. N.* 16. Nec excusat impedimentum A. Fab. *d. D. fin.* 43. *n.* 4. Zang. *d. loc.* *n.* 5. Nec ex parte implevisse satis est. Ant. Fab. *a. loc. n.* 9: Fac. *L.* 9. §. 5. *de pign. act. et sim.* adeo ut, vel uno nummo deficiente, retentionem dari venditori velit post alios Coler. *d. n.* 211. Idemque si res vendita non libera, vel non integra tradita, Zang. *d. loc. n.* 8. Surd. *Dec.* 253. *n.* 8. *et* 9. *et Decis.* 265. *n.* 1. *et* 2. *et n.* 36. *ac seq.* Traduntque vulgo quod hæc exceptio sit litis finitæ, ejus contestationem et ingressum impediens, Zang. *n.* 2. A. Fab. *d. loc.* *n.* 5. Gail. *d. Obs.* 17. *n.* 2. Quæ impediat purgationem moræ Fab. *ibid. n.* 10. Cui locus, aliis statuto vetitis, *ibid. n.* 1. etiam inter mercatores, Foller. *d. n.* 51. Quæ et nec objecta, officio Judicis suppleri queat, Fab. *d. loc. n.* 2. Ut tamen si nec initio, nec in progressu litis opposita, judicium valeat, Gail. *d. loc. n.* 5. *et seq.* veruntamen et post sententiam executionem remoretur ut *infra* *C.* 7. *N.* 10. Denique quod, cum ex natura contractus veniat, non utenti sed adversario sit probanda, Zang. *d. C.* 22. *n.* 18. Dilatoria autem hæc exceptio, vid. *infra C.* 8. *N.* 17.

(20) Confer Coler *de Process. P.* 1. *C.* 2. *n.* 209. *et seqq.* ubi pro variis expensis res alienas retineri posse ostendit, veluti ab aurigis, tabellariis, hospitibus et cauponibus etc. Quomodo et scriptor pro mercede librum retinere potest, Jo. P. Surd. *Dec.* 50.

summoveri eum doli exceptione: hoc in *L.* 5. §. 1. *D. de dol. mal. except.*

XXIV. In liberatione sub conditione legata præstatio mutua hujusmodi incidit, atque hinc ex ejus denegatione exceptio. Qui enim decem debebat testatori pure, si ei illa, aut quod idem est, eorum liberatio sub conditione legata sit; placet interim heredem petere ea decem posse sine metu exceptionis, nec impediri eum legato: quia liberatio quidem legata est, sed sub conditione quæ potest deficere, ut tum perinde habeatur quasi nulla liberatio esset relicta. Sed rursum potest exsistere conditio: quod si fit, retroversus intelligatur debitor nihil debuisse. Quid igitur hic fiet quo etiam legatario consulatur? Nempe hoc saltem ei debetur secundum formam edicti, ut ei satisdetur legati conditionalis nomine fore scilicet ut, si conditio liberationis legatæ postea exstiterit, tum heres recte reddat ei quod acceperit. *L.* 1. *D ut leg. seu fid. nom. cau.* Ideo et hic placuit, si interim petat heres decem, nec caveat, (21) doli exceptione eum summoveri, *L. pure.* 5. in princip. *D. eod.*

XXV. In pecunia debita ei cui pignus datum est, aperte hæc prestatio mutua incidit. Ut enim huic creditori pecunia debetur quam jure petit, ita vicissim pignus restituere debet; quam ad rem tenetur etiam pignoraticia actione. Proinde cum pecuniam petet, nisi paratus sit debitori postulanti pignus reddere, quæ ab illo mutua præstatio exigitur, jure summovebitur doli mali exceptione; idque sine dubio ita est, si pignus habet nec paratus est restituere. Quid si perierit pignus? Placet, si culpa ejus periit, eandem exceptionem illi nocere: in quam partem de hac specie scriptum est in *L.* 4. §. *item quæritur*, 8. *D. de dol. mal. exc.* responsum autem ex perpetua illa veterum constitutione, quoties culpa debitoris res periit, perpetuari obligationem, *L. si servum*, §. *sequitur*, *D. de verb. obligation.*

XXVI. Si alterius rei quanvis exiguæ mutua præstatio debita, cum recusata est, tribuit reo doli exceptionem, ad rem quæ petitur retinendam; multo magis idem efficiet rei ipsius petitæ mutua præstatio quæ vicissim reo debeatur. Incidit hæc præstatio mutua et ex hac doli exceptio in re aliena vendita, cum aut venditor successit postea domino rei, aut dominus ipse successit venditori.

XXVII Cum venditor successit domino, hoc modo. Vendidit quis rem alienam pro sua quæ Titii erat· Is postea Titio heres exstitit. Ita factum est ut jure hereditario succederet in dominium defuncti. *L. cum heredes*, *D. de acq. poss.* Dominus factus, nunc primum inciperet habere actionem in rem, quæ iis competit qui quoquo jure dominium acquisierunt. *L. in rem*, *D. de rei vindic.* Quare et hac adversus emptorem jure uti potest, ac si utatur, dici potest quidquam incidisse postea quod reo hujus actionis liberationem adferret. Si tamen ab emptore vindicet, constat vindicantem exceptione doli posse summoveri, *L. vindicantem*, *D. de evict. L.* 4. §. *si a Titio.* 28. *D. de dol. mal. exc.* Nempe ideo quod quam rem actor jure dominii petit, eam ipsam præstare debet emptori actione ex empto; ut quanvis eam rem reciperet, tamen statim eam reddere debeat emptori judicio empti. Dolo facit, definiunt veteres, qui petit quod redditurus est. *L. dolo*, *D. de dol. mal. excep. L. in condemnatione*, in fin. *D. de reg. jur.* Ulpianus autem in *d. L. vindicantem* hac ratione in hac re utitur: venditor, inquit, quanvis dominio postea quæsito vindicans, improbe rem a se distractam evincere conatur. Cur improbe? non tantum propter præstationem illam ipsius rei qua tenetur, sed etiam quia palam improbum est oppugnare eum quem tueri debeas; et maxime si quem tuendum susceperis et in id te obligaris. Venditoris autem est tueri emptorem in re vendita, cui in hoc obligatur ut præstet ei rem habere licere; idque præcipue nature empti continetur, *L. ex empto*, in prin. et §. *venditorem*, *D. de act. emt.* Adde, si placet, et hanc rationem ex regula juris: cui damus actionem, eidem exceptionem competere multo magis quis dixerit, *L. invitus*, §. 1. *D. de reg. jur.* Jam emptor, emptione contracta, etsi rem venditam non haberet, tamen ultro haberet actionem adversus venditorem ad rem consequendam. Quanto igitur æquius est eum, cum rem possidebit, exceptionem habere adversus venditorem ad rem retinendam? Contra quam si venditor petit, recte dicitur dolo petere qui petat adversus tam manifestam æquitatem.

XXVIII. Idem juris est e converso, si re aliena vendita, dominus rei, puta in superiore specie Titius, successerit venditori. Hunc quidem dominum certum est et antea

(21) Vid. Cujac. 71. *Pauli ad Edict. in d. L.* 5. Obiter nota in *d. L.* 5. *pr.* phrasin Græcam, qua vocula *magis* vel *potius* subauditur, ut in *L.* 2. §. 1. *de reb. cred.* ubi Dou. *n.* 3. et pluribus similibus locis notatis ab An. Aug. 4 *Emend.* 8.

habuisse actionem in rem jure dominii constitutam, et hereditate venditoris adita etiam nunc habere, quia et nunc dominus idem esse perseveret, hereditate jus ejus non mutante sed augente. Si tamen hic dominus idemque venditoris heres rem suam vindicet ab emptore, placet eum pro qua parte heres sit, doli mali exceptione removeri posse. *L. cum a matre. C. de rei vind.* Nempe eadem illa ratione, quod et hic dominus venditori heres factus cœpit eadem actione et præstatione mutua emptori teneri, qua venditor tenebatur. Quo fit ut, si ea præstatione obligatus rem petat, aperte dolo faciat, petens id quod etiam consecutus restiturus sit: et qui actione tenetur ut rem præstet, multo magis rem petens exceptione summoveri debeat.

XXIX. Et sunt fere hæ caussæ æquitatis quæ exceptionem doli mali reo tribuunt, actorem qui contra petat, tanquam dolo petentem removent. Quibus cognitis, nihil jam admodum negotii est intelligere qualia sint ea de quibus præcipue hic quærimus, et propter quæ inducta est quæstio de superioribus caussis; nempe illa, quibus, adversus quos, qua de re hæc exceptio competat. Et vero hunc rerum ordinem esse in hoc genere exceptionis explicando testatur Paulus, quem eumdem et sibi præscripserat in hac explicatione, in *L. 1. D. de dol. mal. exc* cum enim proposuisset, quo lucidius intelligi possit hæc exceptio, prius de caussa videndum quare proposita sit, deinde quemadmodum dolo fiat; subjicit tum per hæc nos intellecturos quando obstet exceptio, deinde adversus quas personas locum habeat. Hæc igitur ita esse, ut initio proposuimus, caussis jam cognitis, nunc paulo explicatius cognoscamus; et si quid ab his caussis huic cognitioni deest, quod reliquum est expleamus. Si ergo quæritur cui doli mali exceptio competat, in promptu erit nobis hæc definitio, competere ei qui unam aliquam ex superioribus caussis habeat qua defendatur; nam adversus eam quod petitur, dolo petitur: atque hinc doli exceptio. Neque intererit quis sit is cum quo agitur, utrum is qui principaliter teneatur an vero qui per consequentiam, ut sunt heredes et qui in rem successerunt, itemque principalis rei accessiones, ut fidejussores. Quæ exceptio doli reo principali competit, non minus datur heredibus et successoribus omnibus. Est enim exceptio rei cohærens; quam etiam ob caussam tribuitur (22) fidejussoribus in *L. 7. D. de exc.*

XXX. Si quæritur adversus quem doli exceptio competat, eædem caussæ definitionem suggerent. Dicemus enim competere adversus omnem agentem qui petat ab eo qui superiore aliqua æquitatis caussa defendatur: quippe eum qui ita petat summo jure fretus, contra æquitatem naturalem petere: qui autem id faciat, eum dolo petere. Sed hic duo quæruntur, quæ quia ex superioribus caussis non ita statim explicari possunt, vel hoc nomine potissimum hic locus amplius inducendus fuit, ut quod hic ab illis caussis sumi non potest, id aliunde in hunc locum transferatur. Illa autem sunt duo quæ quæruntur; unum, an sine exceptione competat doli exceptio adversus omnem qui adversus unam aliquam caussam ex superioribus petere quid instituat; alterum, an competat ex omnium dolo, ex quorum facto actio intenditur. Primum, an adversus omnem qui adversus unam aliquam ex superioribus caussis petat. Quid enim, si pupillus, prodigus, furiosus petat, aut eorum nomine petatur? Finge his pecuniam solutam esse, et adhuc apud eos exstare, aut his delegantibus, atque adeo sine eorum delegatione, pecuniam creditori eorum solutam, et eam pecuniam nunc ab his aut eorum nomine peti. Hoc alii creditores in eadem caussa si facerent, doli exceptione summoveri eos posse constaret. Num ergo et adversus superiores istos idem statuemus, an potius ætate aut morbo animi excusandi sunt, ne dolo facere videantur? Et placet ex iisdem caussis adversus istos quoque eandem esse exceptionem doli mali; et merito: dolus hic in re est; qui si ab initio abfuit, nunc esse incipit cum (23) adversus æquitatem naturalem petitur, dum id agitur ut propter malitiæ ignorantiam bis eandem pecuniam consequantur: quæ iniqua et malitiosa petitio est: hoc in *L. 4. §. quæ in tutore, 23. L. si debitor, 16. D. de dol. mal. exc.* Ita fit ut sit hæc exceptio adversus omnes qui quid adversus supra

(22) Et quod fidejussori detur probatur, præter generales textus, *L. 15. pr. de fidei. junct. L. 2. §. 3. h. t.* Et quandoque hæc exceptio fidejussori, ubi reo non competit, *L. 15. h. t.* vid. Bargal. 4. *de dolo* 2. *n.* 84. *et seqq*

(23) Recte. Et ita hic quoque dolus verus actoris vertitur, cui exceptio objicitur: pupilli scilicet qui fuit negocio inito, nunc pubes redditus dum agit, aut prope pubertatem doli capax redditus *d. §. 26.* item curatoris furiosi ejus nomine agentis. I si enim furioso nunquam dolus objici potest nec objicitur, cum nec judicio per se consistat.

scriptas caussas æquitatis petant, nec quisquam in malitiosa petitione, ætate aut morbo aut imperitia aut ullo alio colore defendatur.

XXXI. Quod tamen hic privatim monendum fuit, excepti sunt hoc loco (24) parentes et patroni. His agentibus, quanvis jure summo actione usi maxime contra superiores caussas petant, non tamen potest his objici doli exceptio, sicut nec adversus eos ulla alia exceptio aut actio comp tit, quæ illorum opinionem apud bonos viros suggillet, propter reverentiam scilicet his debitam. *L.* 4. §. *adversus*, 15. *D. eo. L. licet*, *D. de ob.* seq. Quid ergo, si quid in re gerenda gestum sit metu, aut dolo, aut per errorem, quamobrem filium aut libertum æquum non sit ab initio teneri; aut re gesta factum aliquod inciderit, quod pro liberatione haberi debeat; aut denique sit mutua aliqua præstatio quæ parentem patronumve teneat? licetne parenti aut patrono, his contemptis, impune agere, et adversus iniquitatem petitionis nulla filius et libertus exceptione defendentur? Immo vero defendentur, nec unquam tantum tribuitur superiorum reverentiæ, ut hujus prætextu ad fraudem et injuriam suorum impune abutantur; sed liberi et liberti adversus ea quæ diximus conventi, utentur in eo (25) exceptione in factum temperata, detracta doli mentione; ut, si filio erit exceptio pecuniæ non numeratæ, pacti, jusjurandi, aut rei judicatæ, hæc solum facta dicet uteturque iisdem exceptionibus, non autem dicet patrem dolo facere qui ita petat, *d.* §. *adversus*. Quod et in actione quæ ex parentum aut patronorum dolo adversus eos instituatur, similiter faciendum esse præcipitur in *L. non debet*, *D. de dolo*. Quod parentibus et patronis tribuitur in hac exceptione, idem placet tribui etiam eorum heredibus, si ab his liberi aut liberti de dolo superiorum conveniantur. Etiam hic adversus (26) heredes in factum exceptione utendum est, doli mentio detrahenda; quoniam convenit parentibus et patronis honorem exhibere et vivis et mortuis. Hoc Ulpianus in *d. L.* 4. §. *adversus*. Ibidem diversum esse ait, si cum herede filii pater, aut cum herede liberti patronus agat; putat enim hoc casu posse heredem de dolo istorum excipere. Et recte putat; non enim filii heres est agenti filius, aut liberti heres patrono agenti libertus; ut heres his agentibus eundem honorem et reverentiam debeat.

XXXII. Deinde quæritur, adversus quos doli exceptionem competere dicimus, an adversus eos competat ex omnium dolo, quorum ob factum actio nunc instituitur. Et in hac re hoc primum tenendum est, si cujus ex contractu aut facto quis actionem non habet, ex ejus dolo nunquam agenti exceptionem objici posse, ut puta, qui pro tutore negotia gerebat rem pupilli vendidit, et tantum temporis præteriit intra quod usucapi pos et. Negat Ulpianus exceptionem nocere pupillo rem suam persequenti, etiamsi ei cautum sit adversus eum qui pro tutore gessit. *quia*, inquit, *huic rerum pupilli administratio concessa non fuit*, L. (27) 4. §. *si quis non tutor*, 22. *D. de dol. mal. exc.* Et tamen pupillus in hac specie propter hujus factum agit, non acturus nisi ille rem vendidisset; sed non habet ex hujus facto actionem, quia tutor non fuit. Quod si quis est ex cujus persona actionem habet is qui agit, etiam de dolo ejus agenti exceptio quan-

(24) Addit Zas. *ad d.* § 16. *n.* 4 quod nec pastori a parochiano, rectori a studiosis objici possit. Nec domino a vassallo, nisi hic prius jus clientelæ abdicando, sacramenti præstiti fide se liberet. Quin nec nutritori ac nutrici a quibus quis educatus est, hanc exceptionem obstare vult Eman. Costa *in re pet. L. si ex cautione* 3 *C. de non num. pec.* verbo *seu doli*, *n.* 7. *arg. L.* 17. *C. de his qui accus.* Nec viro dignitate conspicuo a plebejo et humili, aut vitæ emendatioris a flagitioso aut prodigo, arg. *L.* 11. *h. t.* Cujac. 71. *Pauli ad edict. in L.* 1. *h. t.* Bargal. *Lib.* 6. *de dolo reg.* 31. *n* 4. Ubi male hoc jus ad exceptionem doli specialem coarctat, quasi generalis opinionem non suggillet. Ceterum in *d.* §. 16. pro *bonos mores* reponit Goth. *bonos moratosque*, et probat Ant Fab. 1. *Jurispr.* 9. *princ.* 6 *Ill.* 25. Qui et alibi 33. *Err. Prag.* 9. *p.* 441. *bonos* restituit nulla necessitate.

(25) Quæ in factum dicitur, quia conceptam formulam non habebat, sed factum ipsum exponere oportebat, Hot. *ad* §. 1. *I. de exc.* *Enunc.* 6. Innominatam nuncupat Vult. *ad tit. I. de Except. n.* 15. Eademque datur in subsidium exceptionis doli etiam alias, cum doli exceptioni locus non est ob ignorantiam agentis, forte heredis, per *L.* 2. §. 5. *h. t.* Cujac. ad *L.* 36. *de U. O.* vid. *h. Cap. N.* 8. Et hic excipiens dicit non convenire bonæ fidei lucrum cum alterius damno Bargal. 4 *de dolo* 2. *n.* 25. Neque hic ulla doli paterni facienda est mentio, etsi concludatur cum mentione bonæ fidei, Emanuel Costa in *L.* 3. *C. de non num. pec. v. seu doli n.* 9.

(26) At contra hos actio de dolo *L.* 13. *pr. de dolo* Resp. Pac. 2. *Enunt. Q.* 82. Utraque actio et exceptio contra heredem patroni, si de proprio heredis; neutra autem si de defuncti dolo quæratur. Aliter A. Fab. ad *d. L.* 13.

(27) De qua vid. *supra Lib* 5. *C.* 23. *N.* 1.

doque opponi potest. Quod pro conditione eorum quorum ex persona agitur, dissimiliter accidit. Nam aut hi sunt quorum ea contractu actio nobis acquiritur, aut sunt auctores nostri quorum in locum successimus. Si cujus ex contractu alicui actio quæsita est, ea utentem æquum est etiam ejus dolo doli exceptionem pati; ut juxta regulam juris, ex qua persona quis lucrum capit, ejus et factum præstare debeat, *L. ex qua persona, D. de reg. jur.* Idque ita placuit, quod species eorum quorum ex facto nobis actio acquiri potest, propositæ docebunt. In hoc numero sunt qui in potestate nostra sunt filii, servi; item procurator, tutor, curator, actor municipum. Per filios et servos nostros actionem nobis acquiri constat, *L. acquiruntur, L. ea quæ, D. de acq. rer. do.* Sed et quod procurator ea re domini, mandato non refragante, stipulatus est, emit, vendidit, etiam invito procuratore dominus petere potest, *L. quod procurator, D. de procur.* idemque est, si procuratori præsentis fuerit cautum, *L. si procuratori, D. de verb obl.* Ex contractu autem tutoris, curatoris, actoris municipum, adeo utilis actio acquiritur iis quorum res administrant, ut placeat etiam tum acquiri cum certa dominis dari aut fieri quid stipulati sunt, *L. 5. §. si actori, D. de pec. const.* Fingamus igitur unum aliquem ea his per quos actionem acquiri dicimus, gessisse, contraxisse quid cum alio, et in eo negotio deceptum cum cum quo res gerebatur; aut etiam nunc aliquid dolo peti, deinde dominum ad quem ea res pertinet, ex ea caussa experiri; dicemus agenti ex (28) dolo eorum per quos res gesta est, exceptionem doli mali nocere debere. Hæc sententia generalis est, tradita de negotio cum iis gesto, qui alieno juri subjecti sunt, in *L. 4. §. in hac*, 26. *D. de dol. mal. exc.* hac lege, ut de horum dolo, siquidem ex peculiari eorum negotio actio intendatur, in infinitum exceptio objicienda sit: si autem non ex peculiari caussa, tum de eo duntaxat excipi oporteat qui admissus sit in ipso negotio quod geritur; non etiam si postea aliquis dolos eorum intervenisset: congruit *L. filiusfamilias, D. de exc.* De negotio gesto cum procuratore in *ead. L. 4. §. quæsitum*, 17. De negotio cum tutore gesto, in *ead. L. 4. §. illa*, 21. De negotio gesto cum curatore, in *ead. L. 4. §. quæ in tutore*, 23.

XXXIII. Successores etiam ex persona auctoris actione utuntur, dum in re in quam successerunt, utuntur eodem jure ad eam rem persequendam. Et hi ex auctoris dolo removentur, sed non omnes. In eo hæc distinctio est. Interest utrum quis in rem successerit ea caussa onerosa, veluti emptionis, an lucrativa, ut donationis.

XXXIV. De emptore in quo caussa onerosa est, ita traditur de auctoris dolo exceptionem (29) emptori non objici, nisi accessione auctoris utatur, *d. L. 4. §. de auctoris*, 24. *de dol. mal. excep.* Exemplum in *ead. L. §. si cum legitima*, seq. quod tale est: scriptus testamento heres, dolo malo legitimi heredis persuasus damnosam esse hereditatem, eam repudiavit. Ea occasione usus, legitimus heres adivit ipse hereditatem eamque Sempronio cessit pretio accepto: qua ex venditione utilis petitio hereditatis emptori quæsita est, *L. emptori, C. de her. vel act. vend.* Is igitur aut hac actione, aut mandatis a venditore actionibus utens, hereditatem a scripto herede vindicat, quod forte is res hereditarias possideret. Si venditor ipse qui heredem scriptum decepit, ab eo vindicaret, removeretur sine dubio doli mali exceptione. Nunc cum emptor agat, etsi successit in venditoris locum, placet tamen eum exceptionem doli mali ejus qui ei cessit, pati non debere. Atqui cæteræ (30) exceptiones quæ adversus aliquem principaliter competunt, etiam competunt adversus quosvis successores, ut ex persona auctoris etiam successoribus objiciantur, ut declaratur exemplo exceptionis rei judicatæ in *L. exceptio, D. de exc. rei jud.* Nempe hoc argumentum est, quod doli exceptio non item objicitur ex persona auctoris successoribus, proprium hoc jus esse hujus exceptionis; receptum ideo quia exceptio oriatur ex delicto personæ, quod successori nocere non oportet, ut significatur in *d. L. 4. §. de auctoris, de dol. ma. exc.* Et recte: delicti enim alieni pœna est,

(28) Et ita quoties dolus alterius est immediata caussa acquisitionis, is alii nocet. Aluis. de Albert. *Singul.* 36. Foller. *addit. ad Marant, P.* 6. *memb.* 9. *n.* 24. Zang. *P.* 3. *C.* 13. *n.* 75. Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 19. *p.* 2. *n.* 44. Itaque pupillo objicitur exceptio de dolo tutoris, si locupletior, *d. §.* 23 Quod præsumitur si pergat agere ex eo contractu, Zas. ad *d. L.* 4. *§.* 23. *et seqq. n.* 1.

(29) Nisi vili pretio rem magni valoris emerit, permutaverit, in solutum acceperit, ubi caussa prope lucrativa, Azo *in Summa C. de dolo n.* 4. Zas. ad *L.* 4. *§.* 31. *et seq. h. t. n.* 9.

(30) Rei scilicet utrinque cohærentis *L.* 7. *de Exc.* Exceptio autem doli in rem est solum ex parte opponentis; ex parte autem ejus cui opponitur, in personam, *L.* 2. *§.* 1. Foller. *d. loc. n.* 22. et *seq.* Azo *d. n.* 4. Bargal. 4. *de dolo* 2. *n.* 41.

si quis emptor propter delictum auctoris non tantum re carere, sed etiam pretium amittere, aut de eo in discrimen venire cogitur. Æquissime autem constitutum est pœnam tenere debere suos auctores, nec longius debere progredi quam delictum, *L. sancimus, C. de pœn.* Tantum hic propter atrocitatem delicti sis excepta est: per quam si quis cui rem extorserit, placet non solum exceptione metus caussa removeri posse auctorem qui metum intulit; sed etiam successorem quisquis est, ad quem ab eo res pervenerit, *d. L. 4. §. pen. de dol. ma. exc.* Hoc, inquam, propter atrocitatem delicti quod in se habet vis et metus; quæ comprobare contra bonos mores esse traditur in *L. nihil consensui, D. de reg. jur.* adde et contra tranquillitatem publicam quæ nulla re magis quam vi et metu violatur. Emptorum loco habentur qui pro re quam acceperunt, dederunt vicissim aliquid; ut qui rem in solutum acceperunt, vel permutationis caussa, *d. L. 4. §. auctoris, 27. de dol. ma. exc.*

XXXV. Quod si quis rem acceperit ex caussa lucrativa, puta legati, aut donationis, probatum est idem in hac exceptione quod in cæteris, ut quæ hic exceptio doli obstaret auctori, eadem (31) et successori isti noceat. Ut puta, emit quis fundum, dolo decepto venditore ut venderet. Emptum et traditum legavit postea aut donavit Titio. Cum forte is fundus iterum possideretur a veteri domino, vindicat eum aut emptor ille prior, aut qui ab eo acceperat Titius. Placet et emptorem primum ex dolo suo et Titium successorem ex hujus auctoris dolo non minus exceptionem pati, *d. L. 4. §. si quis autem, 26. §. auctoris, seq. de dol. ma. exc. L. si rem, 6. D. de except.* Cur ergo huic successori agenti noceat potius auctoris dolus quam emptori, cum dixerimus nec delictum alienum, nec ejus delicti pœnam ad alium pertinere debere? quia scilicet emptor, si agens removetur ob dolum auctoris, vere alieni delicti pœnam patitur: qui autem ex caussa lucrativa successit, nullam, quamvis ex dolo auctoris eadem exceptione repellatur. Nam ille, ut dixi, remotus de pretio in dubium venit ne una cum re id amittat: hic, re amissa quam acceperat, nihil tamen suum amittit qui pro re nihil dederat.

XXXVI. De re si quæritur de qua doli exceptio competat, res expedita est. Nam si doli exceptio adversus eum est qui quid dolo petit: perspicuum est hanc competere de ea ipsa re quæ dolo petitur.

(31) Foller. *d. loc. n.* 24. Zang. *d. C.* 13. *n.* 76. Et hic quia de dolo alieno exceptio est contra alium, probandus est dolus non agentis, sed auctoris. Foller. *d. loc. n.* 22. Verius itaque, ratione ejus cui objicitur, non proprie esse exceptionem doli, sed in factum per not. *supra N.* 8. et *N.* 13. Nec ad auctorem plius nocet in hisce casibus, quam quantum ex dolo alterius pervenit. Quippe eatenus solum ex facto dolosi acquisivit, accessione utitur, ab eo caussam lucrativam habet. Quin nec heredi dolosi ulterius exceptio nocet. Bargal. *d. Cap.* 2. *n.* 16. et 17. argum. eorum quæ *supra Lib.* 15. *Cap.* 41. *n.* 36.

## CAP. VII.

### De recto usu exercendæ exceptionis.

*In exceptionum usu tria spectari, et quæ.* I.
*Pluribus et diversis exceptionibus de eadem re competentibus uti reo licet; secus in actionibus. Differentiæ ratio.* II.
*Exceptio potest objici quandocunque ante rem judicatam in bonæ fidei judiciis.* III.
*At in strictis judiciis initio litis ea contestari debet.* IV.
*Contrariis occurritur.* V.
*Exceptio ante rem judicatam semper opponi et disceptari debet. Omissa non inhibet judicatæ rei exsecutionem.* VI.
*Excipitur Macedoniani et Vellejani duplex exceptio, et quare.* VII.
*Oratio veterum designandæ conditioni attemperata, qua exceptiones efferebantur.* VIII.
*Quæ talis orationis formulæ apud veteres.* IX.

I. Superest, ut qui exceptionem jure constitutam habebit, is ea recte utatur ut ei ad justam defensionem prosit. Neque enim satis est exceptionem habere qua uti possis, nisi ita utare ut jure oportet. In quo quæritur de usu exercendæ exceptionis. In hoc usu tria spectantur; numerus exceptionum objiciendarum; objiciendi tempus; et concipiendæ exceptionis formula.

II. In numero quæritur liceatne una tantum uti, an etiam pluribus. Una tantum quemque uti posse non dubitatur. An possit pluribus, dubium fecit exemplum actionum. Et ne nos fallat exemplum, hic admonemur distare exceptiones ab actionibus. Cum enim plures actiones competunt ejusdem rei nomine, una tantum experiri licet. *L. nemo ex iis, §. 1. D. de reg. jur.* Pluribus autem exceptionibus quanvis diversis de eadem re concurrentibus, nemo prohibetur (1) uti omnibus:

(1) *L. 43. pr. de R. J. C. nullus pluribus* 20. *de R. J. in* 6. Quintilian. *Lib. 4. Instit. C.* 3. *Recusatio, ait, quoque plures interim propositiones habet; ut contra petitionem pecuniæ: Male petis, procuratori enim tibi esse non licuit; sed neque illi cujus nomine litigas habere procuratorem. Sed neque est heres ejus a quo accepisse mutuum dicor, nec ipsi debui;* Vid. P. Fab. *ad d. l.* 43. Menoch. 2. *Præsumpt.* 42. Zas. ad *L.* 5. *et* 8. *h. t.* Covar. 1. *Var. Resol.* 2. *n.* 2. *et* 3. Gail. 1. *de pa. publ.* 17. *n.* 21. Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 2. Zang. *P.* 3. *C. ult. n.* 336. *et seqq.* Neque ita solum jus esse DD. nostri volunt, si diversæ exceptiones una veræ esse jure possint ut in relato exemplo Quintiliani, sed et si contrariæ; veluti si petenti fundum objiciat reus primo præscriptionem, deinde fundum suum esse ex privilegio Cæsaris, Zas. ad *d. l.* 8. *n.* 1. Quod haud dubie obtinere docent cum sub conditione et disjunctim proponuntur, veluti: Nego me mutuum accepisse; et si accepi, dico me solvisse, pactum ne peteres etc. Zas. ad *d. L.* 8. *n.* 4. Menoch. *Præs.* 42. *n.* 2. Speckh. *d. loc. n.* 2. Nec tamen ita deduci omnino oportet (ut Zas. *d. loc.* et Speckh. *d. n.* 2.) Sed et diverso tempore, quandoque proferri possunt ut *h. Cap.* V. 3. at quandoque conjungi. Unde recte Menoch. *d. n.* 2. eas *multo magis* sub conditione recte deduci: non dicit *solum*. Sane exceptiones præcise et in facto sibi invicem contrariæ non nisi absurde jungerentur. Quis enim propitiis auribus judex audiet proferentem se eodem die et Lutetiæ solvisse et Venetiis ne a se peteretur pepigisse? Covar. *d. Resol.* 1, *n.* 2. Menoch. *d. loc. n.* 6. et Speckhan. *n.* 8. *per L.* 2. *§.* 1. *Quand. app* Fac. *L.* 188. *de R. J. L.* 14. *C. de fi. instr.* Quin nec si diverso tempore successive ita quis defendat, audietur, nec si diversis instantiis, Zang. *d. loc. n.* 338. Cæterum nil vetat eas defensiones vel initio citra alternationem conjungere, quæ ut jure contrariæ sunt, in facto tamen, ut DD. loquuntur, compatibiles. Seu, quod aptius forsan dicetur, quæ civiliter quidem spectatæ, et ut cuique defensioni sua per leges constat natura, una plures non consistunt, naturaliter tamen omnes veræ esse, et ex facto ita evenisse possunt. Quo inspecto, vere non tam contrariæ quam diversæ. Exemplis hæc plana reddam. Qui debuit 10. primo pactus est ne peterentur, postea delata conditione juravit se non debere. Demum conventus judicio absolutus fuit. Huic, si denuo lite pulsetur, tres paratæ sunt jure exceptiones; pacti, jurisjurandi, rei judicatæ. Eædemque sibi invicem nullo modo, nec in jure, nec in facto, civiliter aut naturaliter adversæ. Ast pone: Ex litteris obligatus ad 10. spe recipiendæ pecuniæ, ea non recepta, conditione delata juravit se non debere, idem, ut abundantius sibi prospiceret, pactus est ne de 10. illis ageretur. Tres hic convento intra biennium exceptiones; non numeratæ pecuniæ, jurisjurandi, et pacti, in facto omnes secum conspirantes. Et priores quidem etiam omnimodo in jure. Quis enim ambigat tunc maxime verum jusjurandum jure inesse, cum vere juratum est? Posterior quadantenus inconveniens, cum pactum non potuerit tollere naturalem obligationem, quæ nulla subfuit. Apertius ita pone: Pupillus sine tutoris au-

ut, si is qui juravit se non debere, idem pactus sit ne peteretur, idem de ea re ju-

ctoritate acceptam pecuniam perdidit. Idem pubes redditus convenit ne secum ageretur. Actum non est, usque quo dies ejus actionis exiret. Eo lapso agitur. Pupillus qui fuit, major jam redditus, potest conjunctim et infiticiari debitum (neque enim initio inutilis pubertate convaluit obligatio) et præscriptiones pacti ac temporis objicere. Quia etsi inficiatio pariter et exceptiones propositæ jure non conveniant, cum superflue pactus sit, cumque actioni nunquam natæ præscribi jure non potuerit; in facto tamen amice conveniunt, nec fidem sibi invicem derogant. Unde et si expedire putet, illa negatione (quam facti et intentionis exceptionem interpretes appellitant) relicta, ad has exceptiones vel earum alteram confugere potest. Confer not. *supra C.* 1. *N.* 4. *sub fin.* Sic finge: Qui mutuo nunquam accepit, nec ulla actione obstrictus, importuna interpellatione commotus, veritus calumniosam litem et ne falsis probationibus obrueretur, extra judicium 10. solvit, de iisdem demum pacto transegit. Lite postea pulsatus triplici defensione se recte tuetur: inficiatione nuda, allegatione solutionis, et exceptione pacti seu transactionis; quæ jure quidem contrariæ, cum nec solutio vera sit nisi debiti, nec transactio de debito nullo vel soluto; natura autem et, eo quod ex facto contigisse potest inspecto, non item, quia evenire potuit ut et naturaliter numerata sint 10. et verbis partium tansactum, liberumque est ei unde petitur, an una hæc proponere conjunctim velit. Nec probandi qui alternatim ita excipi necesse putant: Nego te mutuo dedisse; et si dederis vel constiterit te dedisse, dico me solvisse, pactum ne peteres; post alios Zas. ad *L.* 8. *h. t. n.* 4. Speckhan. *d. Q.* 2. *n.* 2. Nisi, ait hic, conjunctim prolata alternatim accepta velit excipiens, quæ declaratio admittenda. Ast immo quæ conjunctim suo sensu sibi probe constare possunt, disjunctim interpretari nihil attinet. Sane cui propositum est præter inficiationem aliis defensionibus uti, et (ut vulgariter loquar) præter intentionis exceptionem alias peremptorias objicere, ejus æstimationi consultius videtur, (præsertim cum ceu ex facto proprio convenitur cujus probabilis non est ignorantia) si ita ex gr. se defendat: Nego me tibi 100. ex mutuo debere vel nunquam debuisse; et si omnino debuissem (quod falsum est) tamen cum tu mecum transegeris, obligatio et debitum perempta essent. Item: Nego me tibi 10. ex vendito debere; et si omnino deberem, tamen cum tu mihi tantundem ex mutuo debeas, compensationis æquitas me securum redderet; quomodo et in similibus cautiores patroni ex, eriri solent. Tantum vero abest ut alternatio ac disjunctio hic sit necessaria, ut si quis ad liquidum verba exigere velit, nec unquam ei locum esse deprehendat: quandoquidem intentionem Rei variantem et inconstantem reddit; hæc enim verba *dico me non accepisse, et si accepi reddidi* pariter assertionem continent et

dirio quandoque absolutus; potest his omnibus exceptionibus se tueri, jurisjurandi, pa

dubitationem, per naturam conditionis et vim voculæ si quoties præterito perfecto juncta. Illa autem *nego te mihi credidisse, et si credidisses, tamen cum transegerim, non amplius deberem*: item ista *nego me* 10. *debere, et si deberem, tutus forem* nihil varietatis habent; quin affirmatio priorum verborum angetur in posterioribus, nam vocula *si* juncta imperfecto vel plusquamperfectio non dubiam (sicuti præsenti et præterito juncta) reddit priorem orationis hypotheticæ partem, sed plane certam. Confer not. *supra Lib.* 15. *C.* 12. *N.* 2. *propius fin.* Enimvero nolim in hoc rigidius agere cum DD. nostris quorum honori parcendum duco. Qui in effectu, illa disjunctione velle videntur probandum primum hic actori quod crediderit ex. gr.; eo probato demum, nec alias, Reum ad probandum solutionem, exceptionemve suam teneri. Verum qui sentiunt conjungi citra alternationem exceptiones has non posse, errore labuntur; sive id ideo volunt, quod conjunctione secum pugnans reddatur intentio, quippe aliud jam evicimus; sive quod ita ad omnia probanda se adstringat excipiens, sive quacunque tandem ratione. Nam et ex pluribus exceptionibus unam probare sufficit, et si eas præcedat inficiatio intentionis, illa prius actori adtruenda. Quare, etsi Reus ita se defendat: *Nego me mutuum accepisse; et præterea dico te mecum pactum ne peteres, me ex conditione delata jurasse tibi nihil debere, diem actionis exiisse; denique te mihi tantum quantum abs me inique petis, vere debere, unde compensatio esset si quid omnino deberetur*, ubi mera conjunctio; nulli tamen probationi initio se adstringit, quin eam a se removet, arg. *L.* 9. *C. h. t.* Ac licet quædam harum defensionum priori jure adversæ et ita contrariæ videantur, possunt tamen ex facto omnia ita contigisse ut veræ sint, sicut ostensum est. Pariter et hic: *Nego me tibi quidquam debere, et præterea dico me solvisse* nihil est quod conjunctam orationem repudiet; potest enim et qui nihil debuit, naturaliter et de facto solvisse indebitum. Quod etsi in dubio probabile non sit *L.* 25. *de prob.* hic tamen non quid vero simile aut verum sit, (id enim in progressu litis et disceptatione patescit,) sed quid, saltem natura, esse possit spectatur; satisque est si impossibilitas et directa contrarietas, ubi alterum falsum esse necesse est, excludatur. Plane uti aliæ alias calumniosi mendacii pœnæ, *L. ult. de R. V. Nov.* 18. *C.* 10. vid. *supra Lib.* 20. *C.* 3. *n.* 10. *sub fin. ibid. N.* 17. ita et qui intentionem actoris malitiose negavit et convictus, exceptionem quandoque amittere iniquum non est. Quomodo qui exceptione non numeratæ pecuniæ objecta actorem ad probationem compulit, non auditur si accepisse convictus dicat se solvisse, *Nov.* 18. *Cap.* 8. *Auth. contra C. de non num pec.* Menoch. 2. *Præs.* 42. *n.* 8. Et qui se socium negavit, exceptionem competentiæ

eti conventi, rei judicatæ, *L. nemo.* 8. *L.* 5. *D. de exc.* Differentiæ ratio non illa est quæ videri tamen potest, quod (2) favorabiliores sint rei quam actores, *L. favorabiliores, D. de reg. jur.* Huic enim sententiæ locus est cum æquitas non refragatur, nec adversario fit injuria quæ ab omni judicio abesse debet: ac de æquitate et injuria contraria hic dubitari potest. Sed hæc ratio est, quod pluribus actionibus de eadem re concurrentibus si quis omnibus uti vult, non potest quin iniquum sit aut supervacuum. Iniquum est, si pluribus sæpius utitur ut iterum idem consequatur: est enim contra bonam fidem bis idem exigi, *L. bona fides, D. de reg. jur.* Sin pluribus agendo semel tantum idem consequi vult, supervacuum. Nam ad rem semel consequendam una actio sufficit; non convenit autem reum supervacua actione onerari, non sane magis quam supervacua stipulatione, de qua in *L. hæc stipulatio, §. 1. D. ut leg. seu fid. no. cau.* Contraria de caussa pluribus exceptionibus ejusdem rei nomine uti reo licet; est enim æquum et minime supervacuum. Æquum, quia omnes defendendi rei caussa comparatæ sunt, et huc spectant ut ei jus suum tueantur, quod tueri cum in omnium persona, tum maxime in persona reorum æquum est. Nec quia plu-

amittit *L.* 22. *§.* 1. *de re jud.* Et quod hypothecaria conventus dominium vel possessionem rei pignoratæ actori negavit et convictus, exceptionem excussionis perdiderit ex Senatus decreto narrat A. Fab. *C. suo h. t. defin.* 32. Fac. *§. ult. in fi. Inst. de fideic. her.* add. Zanger. *de Exc. P.* 3. *C. ult. n. ult.* Speckan. *d. Q.* 2. *n* 9. Jac. Schult. *Obs. forens.* 44. Quocirca rationi juris pariter et naturæ, adeoque sanctitati judiciorum convenire puto ut ne unquam, sive eodem sive diverso tempore, una aut alia instantia, conjuncta vel disjuncta, soluta vel separata oratione prolatæ vere contrariæ defensiones cujusquam audiantur; quæ nempe semetipsas refellunt, fidemque sibi invicem derogant, per *d. L.* 188. *de R. J. L.* 14. *C. de fi. instr.* Quæ nimirum una nec natura et in facto veræ esse aut conciliari possunt, nec probabili opponentis ignorantia excusantur. Neque hoc firmare multis attinet, cum ex naturæ principio cuivis congenito duratur. Et cum mendacium admissum judicio etiam citra pugnantiam juste rejiciatur, majori ratione ne admittatur cavendum et impediendum. Quæ eo tendunt ut moneamus ne cui incauto imponat nimis generale nostrorum dogma, qui secure docent exceptiones contrarias objici posse. Et dum eas solum excipiunt quas incompatibiles vocant, quarum exemplum antea attuli vers. *Quis enim æquis*, reliquis locum dant, iis etiam quæ si non ita directo, tamen non minus incompatibiles, nec magis conciliari possunt. Nec aliud præ se fert Menoch. in *h. C. N.* 3. Unde juxta eorum doctrinam admitti consequens tales defensiones: Nego me unquam tecum contraxisse, et si contraxi metu compulsus, dolo persuasus fui. Nego me possidere rem quam petis, et si possideo mea est, quam usucepi. In his inquam et similibus infinitis, quoties is unde petitur notitiam rei habet, non potest non carere labe mendacii. Proinde eas, cum illa notitia apparet, (nec ignorantiæ locus) judicio non admittendas reor. Quippe varians hic nec secum conveniens oratio quæ et asserit absolute priori parte, et fluctuat altera. Plane in exemplo superius relato *nego te mutuo dedisse, et si dedissi solvi*, etsi quoad vim verborum æque fluctuatio, unde commodius ita dici ostendi *si dedisses, tamen quia solvi, non deberem amplius*; quoad sententiam tamen salvari facile potest *si dedisti*, ponamus ita esse contentionis evitandæ gratia, *solvi*, id est vere numeravi. Utrumque enim esse potest et ut non dederit actor mutuum, et ut ei solutum sit, naturaliter scilicet indebite. In istis vero modo relatis nec naturæ ratio nec contradictionis lex unquam admittit ut et commodatum non fuerit et exinde receptum; ut et contractum non fuerit, et metus dolusve contractui caussam dederit; ut et quis non possederit rem, et usuceperit. Quare etsi in hisce altera orationis pars hypothetica, nulla tamen ratione conciliari priori potest; nec effici ut utraque pariter vera sit, sed propter conjunctionem prioris partis absolutæ, necesse est alteram esse falsam. Enimvero ubi ignorantia in defendente (veluti in herede plerumque, et interdum etiam in facto proprio) talia esse potest ut mendacio careat, juste audietur ejuscemodi defensio. Neque enim verba captare convenit; sed tunc vis verbi *nego* inflectetur, ac si diceret *non puto, quia non constat, neque id credere convenit, nisi probetur* etc. Cautiorque oratio si dicat *Non puto, Non credo*, quomodo usu obtinuit ut ad positiones et articulos respondeatur; de quo suo loco. Sic potest quandoque sine mendacio homicidii reus excipere: Nego me necasse, et si necavi dico me animo defendendi fecisse. Quod enim si vere se tueri necesse habuerit, juste autem ambigat an necatus eo vulnere mortuus? Nunquam autem facile ita sine mendacio: Nego me vulnerasse; et si vulneravi feci ut me defenderem. Sed de his fere item nimia.

(2) Quomodo Zas. ad *L.* 6. *h. t. n.* 3. Menoch. 2. *Præs.* 42. *n.* 2. Hippol. a Col. lib. ad *L.* 41. et *L.* 43. *de R. J.* et Speckh. *Cent.* 3. *cl.* 4. *Q.* 2. *n.* 3. Addit Zasius *ex Dyno* quod in potestate actoris sit qua actione experiatur; unde sibi imputet, si non bonam elegerit. In rei potestate non ita est; sed quia hæc ratio non perpetua, veriorem hanc censet Zasius. Liberum est actori agere, non liberum reo defendere. Quare quis non tanta libertas defendendi in reo quanta lacessendi in actore, varia huic arma indulgentur.

res sunt numero exceptiones, ideo in his simul usurpandis unquam fit actori injuria, aut quidquam fit a reo contra bonam fidem. Quotcunque enim a reo objecta erunt, omnes huc pertinent, ut reus consequatur rem unam duntaxat et semel, nempe unam liberationem ejus rei quæ petitur. Hæc liberatio ei debetur; debitam qui petit, jus et æquum postulat. Et ut hoc iniquum non est concedi reo pluribus exceptionibus uti; ita multo minus reo est supervacuum ad defensionem, sed maxime necessarium. Nam si unam exceptionem primam non satis probat, (3) succedet altera qua se tueatur et jus suum teneat. Si ne hæc quidem probatur satis, subsidio adhibebitur tertia qua id saltem consequatur. Merito igitur hic distinctæ exceptiones sunt ab actionibus, cum quæritur an his pluribus ejusdem rei nomine uti liceat.

III. Tempus idoneum objiciendæ in judicio exceptionis aliud habetur in bonæ fidei, aliud in strictis judiciis. In judiciis bonæ fidei non est necesse exceptionem initio contestari; quandoque ante rem judicatam objicere satis est ut, ea probata, sit ex officio judicis reum absolvere. Id significant illæ sententiæ veterum: exceptiones inesse bonæ fidei judiciis; exceptiones bonæ fidei judiciis contineri; item etsi in bonæ fidei judiciis non exciperetur, satis per (4) officium judicis consuli, *L. 3. D. de resc. vend. L. hujusmodi, §. qui servum. D. de leg. L. plane. L. ult. D. de her. pet.* Non enim alia de caussa dicuntur exceptiones his judiciis inesse, his contineri, quam quod etsi per litis contestationem nominatim verbis in judicium deductæ non sint, vi tamen ipsa et potestate judicii tam his in judicio uti licet apud judicem, quam si aperte in judicium deductæ essent. Nec contrarium est quod dicitur, ultra id quod in judicium deductum est excedere potestatem judicis non posse, ne in bonæ fidei quidem judiciis, *L. ut fundus, D. com. divid.* Nam et in his judiciis deduci intelliguntur in judicium exceptiones potestate ipsius judicii, etsi non aperta litis contestatione: siquidem ita juris verba sunt quibus hæc judicia constituuntur, ut in his jubeatur judex judicare ex (5) fide bona, unde et bonæ fidei judiciorum nomen: id autem est ex æquo et bono, *§. in bonæ, Inst. de actio.* Non est autem æquum eum qui exceptionem justa de caussa constitutam habeat, condemnari.

IV. In strictis contra hoc servatur, ut non liceat exceptionem pro arbitrio quandoque objicere ante rem judicatam; sed eam ab initio contestari oporteat, eaque contestatione nominatim in judicium deducere, alioqui postea frustra objiciatur. (6) Hanc sententiam multa probant. Primum hi loci,

(3) Quippe unam probari satis est per *L. 13. C. de trans.* Sich. *ibid. n.* 10. Stintic. *Obs. Pract. C.* 22. *n.* 51. Et posse eas diverso tempore ac per intervalla separatim objici sentiunt nostri Speckhan. *d. Q.* 2. *n.* 4. ac in diversis instantiis, Menoch. *d. Præs.* 2. *n.* 4. Hart. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 23. *n.* 33. *et seqq.* Quin imo Zas. ad *l.* 5. *h. t. n.* 3. *et* 4. docet: Etsi reus malitiose distulerit ac omiserit in primo judicio, posse eum si succumbat, opponere in caussa appellationis; sed tunc propter dolum condemnari eum in expensas omnes, licet in appellatione superior fiat, per *C. exceptionem* 12. *Extr. h. t.* et accedit Speckhan. *d. Q.* 2. *n.* 7. ubi corrupte legitur, *prioris* pro *posterioris.* Sed hæc juri et sententiæ Donelli non conveniunt in strictis judiciis, ut *infra h. C. n.* 4. usuque judiciorum una omnes proponendæ. Non vero concoquere possum quod post alios Hippol. a Collib. ad *L.* 43. *pr. de R. J.* et Menoch. *d. Præsum.* 2. *n.* 7. docent ad proponendum contrarias exceptiones reum admitti, non autem ad probandum, cum contraria probare non possit, sed unum falsum sit. Nam si ita pugnantes ut utraque simul nec in facto et naturaliter vera esse possit, nec ad proponendum admittendus reus; alias per occasionem juris injuria admitteretur, et coercendis malitiis constituta judicia, iisdem, uti et mendaciis viam aperirent, vid. *h. Cap. N.* 1.

(4) Cujac. 6. *QQ. Papin. ad L.* 14. *de Public. in rem.* In strictis autem judiciis omissæ exceptiones per judicem non supplentur, vid. *supra C.* 2. *N.* 11.

(5) Ita et noster ad *L.* 8. *et* 9. *C. h. t. n.* 10. his ipsis verbis *bona fide* admitti omnem defensionem. Et quod exceptiones bonæ fidei judiciis insunt non aliud esse quam quod non deducta initio in judicium tacite tamen judicio continentur, ut quandocunque allegari possint. Etsi vero *d. L.* 8. *et* 9. aliæque contestationem requirentes generaliter conceptæ, ad stricta tamen solum judicia pertinere; itaque accipiendas, nisi pro natura judicii non sit necesse eas initio contestari. Exceptiones quomodo bonæ fidei judiciis insint, et num exceptionis doli objectæ ea vis ut judicium bonæ fidei reddat, excutiam aliquando in tractatu de bona et mala fide etc.

(6) Recte. Quod Donellus noster hic et *infra Lib.* 24. *C.* 2. *ac ad d. L.* 8. *et* 9. *C. h. t.* itemque *ad L. except.* 19. *C. de prob.* non levibus et frivolis argumentis, ut sine judicio judicat Brouch. 4. *Ass.* 27. sed firmissimis satis superque adstruit. Cui convenit Duar. *ad t. C. de Probat. C.* 4. *et in brevi exegesi ad h. t. D. de Exc.* Damhuder. *Praxi civili C.* 120. *n.* 4. *et* 5. Wesenb.

*L. emptor, C. de long. temp. praes. L. praescriptionem, L. si quidem, C. de exc.* quorum in prioribus duobus scriptum est sufficere initio praescriptionem peremptoriam contestari, nec necesse esse cam probari statim; in tertio scriptum exceptionem hanc quandoque ante rem judicatam probari posse, sed habita prius exceptionis contestatione. Ex quibus prior oratio aperte banc significationem habet, exceptionem quidem peremptoriam initio contestari debere; sed dum contestetur, hoc sufficere, nec simul ejus probationem a reo exigi. Similiter ut rum dicitur adversus eum qui pejeravit nullam jurisjurandi retractationem esse, sed sufficere perjurii pœnam, *L. nam sufficit, D. de dol.* hoc significari constat esse quidem et hic perjurii pœnam: sed dum hæc adhibentur, sufficere. Posterior autem illa oratio, *habita exceptionis contestatione,* hanc conditionem exprimit, si habita sit initio litis contestatio. Qua conditione qui dicit quandoque postea exceptionem objici et probari posse, utrumque sub contraria conditione negare et adimere intelligitur: collectio Papiniani est in *L. 1. vers. hujus, D. de off. Judic.* Ulpiani in *L. si procuratorem 8. §. igitur, pen. D. mand.* eaque vis est conditionis omnis, ut declaratur in *L. quibus, §. 2. D. de cond. et dem.* Eandem sententiam satis declarat et illa superior qua traditur exceptiones bonæ fidei judiciis inesse, ut non sit necesse eas in his judiciis initio contestari. Si hoc proprium bonæ fidei judiciorum, satis argumenti est non item inesse eas sua sponte strictis judiciis, sed contestatione habita eas in judicium deduci oportere. Postremo efficitur hoc idem illa ratione certi juris de qua ante commemoravimus, ultra id quod in judicium deductum est excedere potestatem judicis non posse, *d. L. ut fundus, D. com. divid.* Deduci ergo exceptionem in judicium oportet, ut de ea possit cognoscere judex et pronuntiare. Atqui in strictis judiciis deducitur quidque in judicium per litis contestationem, *L. unic. C. de lit. contest.* Hanc igitur exceptionis contestationem præcedere in his judiciis oportet, ut sit judicio exceptioni locus.

V. Sed hic objicitur *L. peremptorias, C. sent. resc. non pos.* cujus in principio verba hæc sunt *peremptorias exceptiones omissas initio, ante quam sententia feratur opponi posse perpetuum edictum manifeste declarat.* Atque hinc vulgaris error, quasi in omnibus judiciis exceptionem peremptoriam quanvis litis contestatione in judicium non deductam, liceat (7) nihilominus quandocunque objicere ante rem judicatam. Sed omissas

*supplem. ad Sneidvin. L. h. t. n.* 9. Zang. *de Exc. P.* 3. *Cap. ult. n.* 25. *et seqq.* Bocer. *Classe* 5. *Disp.* 16. *Th.* 79. Certa vetus judiciorum observatio qua exceptiones una formulis inclusæ ut *supra C.* 1. *N.* 10. et 12. aliud non admisit. Unde *d. L.* 2. *C. Sent. rescind.* quæ et formularum novatione antiquior, et ad edictum perpetuum se refert, alio modo quam hic et *infra d. Lib.* 24. *C.* 2 salva sententia exponi nequit. Nec puto re ipsa dissentire Cujac. 9. *Observ.* 23 et 18. *Obs.* 34. dum docet peremptorias exceptiones, quæ sunt de judicio constituto finiendo remque ipsam feriunt, quandiu judicium durat opponi posse. Idque naturæ congruere ut, ubi quandocunque pulsamur, integrum sit nobis nostras promere defensiones. Nam cum ipseque Cujac. alibi doceat exceptiones actionum formulis a prætore additas, ut not. *supra Cap.* 1. *N.* 10. et 12 ni sibi ipsi eum adversari velis, necesse est *d. C.* 34. accipi de oppositione exceptionum antea contestatarum et de quibus una judicium prius acceptum. Idque ejus instituto quo discrimen dilatoriarum et peremptoriarum edisserit, sufficere potest. Dilatoriæ enim nec si initio allegatæ, judicio accepto denuo opponi regulariter possunt, ut *Cap. seq. n.* 8. *N.* 26.

(7) Enimvero hæc contraria jam relatæ sententiæ, quæ his exceptionibus in quacunque judicii parte ante sententiam et conclusionem causæ locum facit, crebrioribus interpretum et pragmaticorum suffragiis probata usu judiciorum inoluit, Zas. in *L.* 2. §. *ult.* junct. *L. seq. h. t. n.* 5 Maranta *Speculo aureo P.* 6 *membro* 9. *n.* 12. *et n.* 17. Jo. Bapt. Asin. *Praei judic.* §. 13. *C.* 4. Wurmser. *Lib.* 1. *Obs. tit.* 8 *Obs.* 2. *n.* 4. *n.* 6. Hartm. Hartm. *tit.* 9. *Obs.* 1. Jo. Monach. *Prac. judic. P.* 5 §. 6. *Cap.* 4. Bronch. 4. *Ass.* 27. Ant. Fab. 25. *Err. Prag.* 3. Quin immo sunt ex his qui nec proponi posse censent ante litem contestatam, quasi præpostere agat reus, Wurmser. *d. Obs.* 1. *n.* 2. Quia, ait, oportet partes prius ingredi judicium quam deveniant ad conflictum, sicuti in bello non prius pugnari potest quam utraque pars ingrediatur campum, et Coler. *ad C. cum venerabilis* 6. *Ext. h. t. n.* 61. Qui tamen ne in eo et aliis DD. Maranta *d. n.* 9. et manifesto juri, *L.* 8. et 9. *C. h. t.* ac similibus obloquantur, (cum immo et aliquando per objectum peremptoriæ fiat litis contestatio, Wurmser. *d. tit.* 8. *Obs.* 4. *n.* 1. scite Jac. Schult. *Obs. forens.* 7. *n.* 7. *et seqq.*) exaudiendi quoad probationem; ut scilicet reus, objecta peremptoria ea quæ non est litis finitæ, non audiatur si probare velit priusquam judicium acceperit, et ita litis contestationem impedire, vid. *N. seq.* quomodo et ipse Wurmser. se explicat *d. tit.* 8. *Obs.* 5. *n.* 1 sicuti quoque accipiendum quod Rulant. *de Commissar. P.* 4. *Lib.* 8.

peremptorias exceptiones illic accipere debemus contestatas quidem, sed post litem contestatam interim ad disceptandum omissas, idest dilatas et intermissas, donec actor intentionem suam probaverit: si quidem reus de intentione actoris dubitans hanc negaverit, et nihilominus usus sit exceptione quam fuerit contestatus. Dubitaremus hoc ita esse, nisi aperte sic (8) explicaretur in *d. L. emptor, C. de long. temp. præs. d.*

*C.* 6, *n.* 5. scribit rarissime, peremptorias in Camera ante litis contestationem admitti, scilicet ut statim earum discussio fiat, Mynsing. 1. *Obs.* 24. Plane Zas. *d. n.* 5. monet cautos advocatos mox post judicium acceptum petere posse ut adversario statuantur termini ad opponendas quascunque exceptiones, quibus lapsis non audiantur, et Blarer. ad *L. diffamari C.* 6. *n.* 18. Quod de dilatoriis quidem nominatim cautum est *in Cap. pastoralis* 4. *Extr. h. t. et Nov. Elect. Sax.* 3. *P.* 1. *ut C. seq. N.* 25. Sed Ordinatione Cameræ Imperialis *P.* 3. *tit.* 13. §. *ult. et tit.* 24. *et tit.* 27. idem de peremptoriis, nec iis solum quæ in vim dilatoriarum objici solent, sed et aliis *d. tit.* 27. statutum ut nempe omnes uno termino simul et conjunctim proponantur, vel saltem priusquam prima dilatio ad probandum detur actori; nisi post terminum competere cœperit vel ante per ignorantiam omiserit, idque jurejurando testatum faciat, *d. C. pastoralis* 4. *d. tit.* 27. *in fi.* vid. Myns. 5 *Obs.* 89. Ott Meland. *Com. Cameral. p.* 7. *f.* 125. *ac seqq.* Speckh. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 2. *n.* 5. *et* 6. exacte Joan. Pels. *Process. jud. tit.* 35. *n.* 7. *et seqq.*

(8) Ita et noster ad *L.* 10. *C. de prob. n.* 19. *et seq.* Zang. *P.* 3. *C. ult. n.* 39. Itaque cum de tempore quo hæ exceptiones probandæ quæritur, hæc jure distinctio est: Aut reus de intentione actoris confessus exceptionem objecit, et statim ea probanda. Aut ea (intentione) negata, et non prius probanda quam actor intentionem impleverit. *L.* 9. *C. h. t.* Interim autem omissa, id est dilata, ante sententiam quandoque opponi, id est repeti ac disceptari potest. Don. ad *d. L.* 8. *et* 9. *C. h. n.* 4. Confer Zang. *P.* 3. *C. ult. n.* 142. *et seqq.* Longe alias vulgaris atque judiciorum probata distinctio, qua duplex eas opponendi ratio statuitur. 1.° In vim dilatoriarum aut declinatoriarum, ubi impediunt litis contestationem et ingressum judicii. 2.° In vim peremptoriarum cum merita caussæ respiciunt, vid. Marante *P.* 6. *memb.* 9. *n.* 13. *et seqq.*. Wurmser. *tit.* 8. *Obs.* 3. *et* 4. Hart. Hartmanni *tit.* 9. *Observ.* 1 Asin. *Praxi judic* § 13. *C.* 3. *et C.* 9. Chil. Goldstein. *Process. P.* 2. *C.* 36 Obrecht. *de lit. contest. C.* 9 *n.* 6. *et seqq.* etc. Unde ex peremptoriis alias vocant litis finitæ et privilegiatas, itemque anomalas ac mixtas, quas utroque modo, et ante litem contestatam ad judicium declinandum, et post eam ad merita caussæ objicere licet. In quo ipso tamen non usquequaque conveniunt, etsi non tam in effectu dissentire, quam verbis videantur. Ex quibus ut quædam, quia haud vulgaris usus sunt, delibemus statuenda primo est regula: Exceptiones peremptoriæ objectæ non impediunt litis contestationem, nec per illas declinat reus judicium; sed eo accepto demum discutiuntur et cognoscuntur, *C. super Quæstionum* 27. *de off. deleg. C.* 1. *de lit. cont. in* 6. *Ord. Cam. P.* 3. *t.* 27. §. 1. Nam cum negocium principale et merita caussæ respiciant, ante judicium acceptum, lite principali nondum nata, disceptari nequeunt. Gail. 1. *Observ.* 71. *n.* 13. *et Obs.* 119. *n.* 9. *et* 2 *Obs.* 17. *n.* 1. Unde tali exceptione objecta litis contestatio injungitur, salva et reservata ejus examinatione post judicium acceptum, Myns. 1. *Obs.* 24. Regulæ istius sequentes statuuntur limitationes. 1.° Nisi notoria sit, per *Cap. quoniam* 10. *de fil. presbyt.* et quia in notoriis juris ordo non curatur, nec evidenti actoris malitiæ indulgendum ut alium molestiis litis implicet, Bover. *Sing.* 52. *n.* 9. Hartman. *d. Obs.* 1. *n.* 13. *et seq.* Coler. *de Process. P.* 4. *C.* 1. *n.* 48. *et n.* 162. Fac. *L.* 1. §. *ult. ad SC. Tertyll.* Quæ autem notorie dicatur, vid. Joan. Meichsner. *Tomo.* 3. *Decis. Cam.* 13. *n.* 27. *et n.* 94. Coler. *de Process. P.* 4. *C.* 1. *n.* 102 talem esse censet etiam quæ per aliud instrumentum probatur, quæ tamen ad speciem seq. referenda, 2.° Nisi non modo non requiret altiorem quæstionem, sed et plane liquida sit, ut statim una dum objicitur doceri possit. Hartm. *d. loc. n.* 2. (etsi non sit notoria *ibid. n.* 8.) vel incontinenti, post Menoch. *Arb. casu* 19 Jannin. *Lib.* 2. *de Citat. reali Cap.* 1. *n.* 82. *et* 85. *et n.* 99. Quæ illæ, vid. Menoch. *d. loc. et recup. poss. remed.* 4. *n.* 160. Coler. *de Process. P.* 4. *C.* 2. Maranta *d. loc. n.* 16. (scribens ad hoc in Regno Siciliæ 5. solum dies indulgeri) novissime Jac. Schult. *Obs. forens.* 29. *n.* 1. et 8. *seqq.* Neque hæc a veritate theorica valde dissidere puto. Verissimum enim reor, quod Hot. *ad* § 3. *et* §. 5 *I. h. tit.* docet iis casibus quibus ex. gr. pactum factum esse vel judicatum constaret, maxime confessione adversarii, exceptionem non necessariam fuisse (ita ominum ut formulæ includeretur a prætore et judicium constitueretur) sed nec actionem datam fuisse a prætore. Nam in exceptione quæritur, deque eo judici dato cognoscendum erat, an pactum factum sit necne, utrum judicatum sit necne. Alioqui stultus Prætor, ejusdem rei judicium iterum constituens, etsi cum exceptione, tum quod ridicule quæri juberet de eo quod sibi constaret, quodque inter litigatores confessum. Hot. *ad d.* §. 5. Quo facit quod Cic. *Orat. pro L. Flacco.* præsides de rebus judicatis *denegare* actiones consuevisse; et quod aliquas inter hæc differantia: Actionem ipso jure non competere, et non dari vel denegari a Prætore, A. Fab. ad *L.* 4. *Qui aut. c. q.* Fortun. Garcia ad *L.* 7. §. 7. *de pact. n.* 35. *et seqq.* Denique facit *L.* 3. §. 13.

*L. præscriptionem, L. si quidem, C. de exc.* Scimus autem verbum omittere sic accipi interdum ut sit non aliquid in totum missum facere, sed intermittere et differre in

*ad exhib.* et confirmat arg. eor. quæ dicta sunt *N.* 1. *ad Commentar. in Tit. D. gest. de Jurejuran. C.* 7. *n.* 1 3.° Nisi peremptoria ea pariter sit intantionis, concludens jus agendi non competere actori, Gail. 2. *Obs.* 17 *n.* 2. et 3. Hartm. *d. Obs.* 1. *n.* 6. *et* 7 Wurmser. *Tit.* 8. *Obs.* 3. De quo vid. not. *infra Lib.* 24. *Cap.* 2. 4.° Nisi sit exceptio litis finitæ. Hujusmodi tres præcipuæ: Transactionis, Rei judicatæ, et Jurisjurandi, quæ in *Cap.* 1. *de lit. contest. in* 6. et facit *L.* 10. *L.* 16. *C. de trans. L.* 56. *de re jud. etc.* Obrech. *de lit. contest. C.* 9. *n.* 6. *et seqq.* Asin. *Praxi judic.* §. 13. *Cap.* 3. *n.* 2. et DD. vulgo. Quas peremptorias privilegiatas quidam vocant, quæ naturam præjudicialium habeant et ad processum opponantur, Hartm. *d. Obs.* 1. *n.* 3. Coler. *de Process. P.* 4. *Cap.* 1. *n.* 151. Quæ non concernunt obligationem, sed contra negocium principale perimunt actionem, Chil. Goldstein. *Proces. P.* 2. *Cap.* 36. Neque enim hic merita causæ excutiuntur, nec exquiritur an juste judicatum, vere juratum, ex æquo transactum sit, sed an judicatum etc. quoquo modo, ne semel sopita resuscitentur, indeque lites inexplicabiles reddantur, *L.* 6 *de exc. rei jud.* Obrecht. *de lit. contest. C.* 9. *n.* 6. *et* 7. Hartm. *d. loc. n.* 4. *et* 5. Atque his equidem affinis exceptio præscriptionis, quæ litis finitæ statuitur per *L. ult. pro suo L.* 9. *C. de præs. long. temp. L.* 1. §. *ult. in fin. ad SC. Tertyll.* Coler. *P.* 4. *Cap.* 1. *n.* 136. Maranta *P.* 6. *memb.* 9. *n.* 12. Wurmser. *Tit.* 8. *Obs.* 4. *n.* 2. et alii passim, add. *supra Cap.* 2. *N.* 5. Uti et exceptio pacti de non petendo, Foller. *addit. ad Marant. d. memb.* 9. *n.* 50. Et generaliter litis finitæ dici quæcunque agentem sine actione experiri dictat, tradit Wurmser. *t.* 8. *Obs.* 4 *n.* 4. et de communi opinione testatur Coler. *P.* 4. *Cap.* 1. *n.* 156. et per quam apparet actionem ipso jure sublatam esse, post alios Jac. Schult. *Obs. forens.* 7. *n.* 17. Unde solutionis, acceptilationis, confessionis, renunciationis litis motæ exceptiones huc refert Foller. *d. loc. n.* 46. *et* 3. *seqq.* et Coler. *P.* 4. *C.* 1 *n.* 153. ut et pretii non soluti, vel non secuti implementi, *ibid. n.* 51. vid. not. *Cap. præced. N.* 19. Et alios plures recenset Asin. *Praxi* §. 13. *Cap.* 9 Enimvero omnia generalia hæc doctrina et ipsi appellationi non convenit. Qui enim (ut in quibusdam exemplis) lis dicetur finita, ubi nulla necdum nata? Ac verba pariter et mens Pontif. Innoc. IV. *in d. C.* 1. *de lit. cont. in* 6. convincunt quod, præter tres superiores, nulla alia litis contestationem impediat ac retardet. In quibus et ratio peculiaris, quod earum trium exceptionum probatio faciliores plerumque expeditus habeat; cum de sententia ex actis publicis apparere possit; transactio item et jusjurandum vulgo ad acta referri soleant, vid. Coler *ad C. cum venerabilis* 6. *Ext. h. t. n.* 71. *et de Process. P.* 4. *C.* 1. *n.* 159. Et præterea Pontifex motus videtur ratione quæ in *L.* 6. *de exc. rei judic.* aliis defensionibus non ita congruenti. Plane ubi in continenti probari possunt reliquæ exceptiones, quas DD. etiam litis finitæ appellant, quin a limine judicii arceant ambigendum non est. Sed non id inde quia litis finitæ sunt, sed quia in continenti etc quod commune est omnibus peremptoriis per ante dicta *Limit.* 2. *Nisi non modo etc.* Quoad illas autem tres quæ in *d. Cap.* 1., verius videtur jure Pontificio et ex mente Innocentii IV., etsi paulo pleniorem disquisitionem exigant, nec minus tamen eas litis contestationem remorari posse. Nec prius litem reo injungi, quam judex de exceptione cognoverit eamque interlocutione sua rejecerit. Notanda enim in *d. C.* 1. vis verbi *retardet.* Quæ arguit, si de re judicata, transacta, vel jurejurando decisa excipiatur, posse non modo impediri litis contestationem ubi probatio liquida et manifesta exceptionis justitia, sed et *retardari* ubi minus expeditum, sed dubium et discussionis indigum jus defendentis. Et confirmari hæc possunt arg. *L.* 3. §. 13. *ad exhib.* A crebriori tamen et probatiori opinione alia judici vix recedendum erit, arg. *L.* 37. *de LL. et simil.* qua et plures exceptiones litis finitæ statuuntur, et illis omnibus duplex opponendi modus tribuitur. Et prior quidem ad processus cursum inhibendum ac sistendum in vim dilatoriarum, ut dicunt, non nisi ante litem contestatam (nisi post complere cœperint, Wurmser. *Tit.* 8. *Obs.* 4. *n.* 21.) non aliter quam si altiorem indaginem non requirant, Maranta *P.* 6. *memb.* 9. *n.* 14. Alb. Galæot. *Margaritæ aureæ C.* 14. *n.* 5. Stiat. *Obs. Pract. Cap.* 4. et DD. passim. Tunc autem si initio objectæ, ante omnia discutiendæ et de earum jure pronunciandum, nec judex earum cognitionem reservare potest nec procedere ad ulteriora, etsi subjiciat *ne quid præjudicii exceptionibus fiat*, ne litis molestiæ intricetur reus et expensis inanibus oneretur, Stiat *d. C.* 4. Ant. Fab. *C. suo h. t. defin.* 5. Quod si requirant, iis in præsens omissis, judex reum judicium accipere coget, cavendo tamen ne quid præjudicii exceptionibus fiat, sed ut easdem reus post litem contestatam repetere et in vim peremptoriarum opponere valeat, Maranta *d. n.* 14. Stiat. *d. C.* 4. Wurmser. *Tit.* 8. *Obs.* 2. *n.* 2 Hartm. *Tit.* 9. *Obs.* 1. *n.* 8. *et n.* 12. Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 3. *p.* 1. *n.* 4. *et n.* 12. Coler. *P.* 4. *C.* 1. *n.* 156. Meland. *Comm. Camer. p.* 2. *f.* 371. Gail. 1 *de pa. publ.* 11. *n.* 19 Jac. Schult. *Obs. forens.* 7. *n.* 26. Cujus reservationis memorabilis vis ut in processu litis postea probata exceptio omnia prius acta pro infectis habere efficiat, Maranta *d. loc. n.* 15. post plures citatos Asin. *Praxi* §. 18. *C.* 5. Noab. Meurer *Process. Cameræ p.* 9. *n.* 4. Wesenb. *ad Snedwin. Inst. h. t. n.* 9. Muller. *ad d. Nov.* 3. *n.* 5. Altioris disquisitionis exceptio quæ habenda, difficil is est definitio. Cumque sit magis facti quam

aliud tempus: ut apud Horatium de Arte Poetica:

*Pleraque differat, et præsens in tempus omittat.*

VI. Sed sive exceptionem peremptoriam contestari necesse non est, ut in bonæ fidei judiciis; sive necesse est, ut in judiciis strictis; illud constat semper saltem ante rem judicatam opponi et disceptari debere. Quæ

juris, certa lege aut regula (etsi quidam id tentent citati ab Asin. *d.* §. 18. *C.* 4.) decidi nequit, arg. *L.* 32. *pr. de Usur.* sed judici ex re definiendam, vid. Menoch. *Arb. casu* 20. Asin. *d. Cap.* 4. Jo. Meichsner. *Tomo* 3. *Dec. Cam.* 13. *n.* 96. *et Decis.* 14. *n.* 105. *Decis.* 16. *n.* 28. Sane eorum doctrina qui altioris indaginis esse scribunt, quæ statim probari non potest, Orpheus Caracciolus *addit. ad Nicol. Carbon. praticæ Lib.* 1. *Cap.* 2. *n.* 11: quæ liquida non est, nec facile liquidari potest; Maranta *d. loc. n.* 16. cum grano salis accipienda, ne quem decipiat. Neque enim quæcunque in continenti probari nequit, altioris indaginis hic habenda, uti hæc opponit Maranta *d. loc.* alias, ut recte Felinus referente Hart. *d. Obs* 1. *n.* 10. nulla esset exceptio litis finitæ, cui peculiare jus præ aliis; sed hoc tantum spectaretur, num probatio peremptoriæ in continenti expediri posset. Sed nec quæ breviori tempore expediri potest altioris disquisitionis est, sed immo idem affectus impediendi litis ingressum, cum ad eam probandam modica dilatio petitur. Hart. *d. Obs.* 1. *n.* 12. Veluti si, ubi post litem contestatam probationi præstitueretur mensis unus aut alter, hic assignentur 10. aut 15. dies, ut post Castr. in *L.* 9. *de jurej.* et Modest. Pist. Moller. *ad d. Nov. Sax.* 3. *n.* 12. Etsi et ibid. confundat illa: in continenti, et intra hunc terminum assignatum. Scitum denique quod Hart. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 10. *n.* 21. prodidit non quamlibet juris quæstionem hoc efficere, sed quæ ob rationum et opinionum conflictum factique qualitates non satis exploratas difficilem dijudicationem habet, non si apertius et inspectis libris facile definiri potest; falsumque quod subdit *n.* 31. quando in Consistorio Principis lis agitatur, nulla juris quæstio tam ardua quæ altioris indaginis censeatur, ob Senatorum spectatam jurisperitiam. Postremo notandum hic duco quod a nostris non dico ignoratum, sed tradi neglectum miror, priori huic modo opponendi nunquam locum esse posse quam si de intentione actoris confitetur reus, vel saltem ejus probationem non exigit, sed contra in se ultro recipit, ut *L.* 14. *de Probat.* Pone: Qui, grege antea petito, victus postea corpus ex grege vindicat; is unde petitur, si neget rem actoris esse et præterea præscriptione judicati juxta *L.* 21. §. 1. *de exc. rei jud.* se tueatur, juris ordo est, ut prius actor probet. Quin ipsa inficiatione lis contestata fuit. Unde si hic ipsam litem detrectare velit, ne judicium accipiat, ita ex. gr. proponere potest: Etsi satis mihi constet rem tuam non esse, tamen quia jam ante judicatum est gregem totum etc. tuum non esse, dico lites sopitas non resuscitari, te autem a limine judicii repelli debere. Item: Securus sane sum te probationem mutuatorum 10. quæ nunquam accepi, nullam habere. Attamen quia hoc instrumento quod exhibeo, confestim judici liquebit de iisdem 10. jam ante nos transegisse, ad illud confugere nihil attinet. Quin potius dico te, quod nullo jure decisa jam retractare satagis, ab ingressu litis arcendum etc. Satis de priori modo. Posterior ad merita caussæ et ad elidendum jus agentis, in vim peremptoriarum, ut dicunt, Asin. §. 13. *C.* 3. *n.* 5. Maranta *d. loc. n.* 13. et DD. passim, cum post litem contestatam antea omissæ, nisi post judicium acceptum competere cœperint ut supra, vel ante litem contestatam quidem, sed ut post probetur, Wurmser. *T.* 8. *Obs.* 5. *n.* 1. ubi si initio objecta exceptio litis finitæ, ex forma proponendi dignosci vult idem Wurmser. *d. t.* 8. *Obs.* 3. *n.* 3. *et* 4. *Obs.* 4. *n.* 4. *et seq. ac Obs.* 5. *n.* 2. utrum ad processum opposita sit, ut ingressum judicii impediat, veluti: Tibi non competit actio, quia perempta est præscriptione, transactione; etc. Tua non interest, etc. Peto ne procedas, judex; en instrumentum solutionis: An vero ad merita caussæ et ut absolvatur reus, veluti: Peto me absolvi, quia præscripsi, actio est perempta, solvi, satisfeci etc. add. Mon. *Pract. P.* 5. §. 6. *C.* 4. *n.* 8. et confer Jac. Schult. *Obs. forens.* 26. *n.* 14. *et seqq.* Ubi notabile est 1.° quod hic demum definitiva sententia ferri possit, Asin. *d. n.* 5. Maranta *d. n.* 13. at priori casu solum ab observatione judicii absolvatur reus, non a petitione actoris et caussa, Wurmser. *d. Obs.* 4. *n.* 4. *et Obs.* 5. *n.* 5. quia, ait, lite non contestata, non potest ita absolvi per *L.* 4. *C. de sent. et interl.* Tametsi vero novissime contrarium firmare nitatur Jac. Schult. *Obs. forens.* 7. *n.* 28. *et seqq.* quasi ab instituta actione hac absolvatur reus, allegans Coler. *ad Cap. cum venerabilis* 6. *Ext. h.* 1. *n.* 40. tamen in Curia Lipsiensi cum quis peteret se definitive absolvi, opposita exceptione tali privilegiata in vim dilatoriæ, petitionem ceu ineptam rejectam fuisse attestatur reconditæ doctrinæ et præcellentis judicii ac noster Jurisconsultus quidam in observationibus suis manuscriptis. Rationem juris veteris si consulimus, neutro hoc casu absolutio convenit, sed denegatio actionis. Confer. *supra* vers. *Neque hæc a veritate.* 2.° notabile quod eadem exceptio initio opposita in vim declinatoriæ, etsi judex contra eam pronunciaverit, scilicet esse procedendum in caussa et litem contestandam, possit denuo objici in vim peremptoriæ quæ vires negocii respicit, quia tunc tendit ad illius finem, post alios Bover. *sing.* 52. *n.* 7. Sich. *ad L.* 10. *C. de trans. n.* 5. Quod intellige, etsi judex eam non reservaverit, alias enim nullum dubium (sed hic effectus reservationis de quo superius, cessabit). Quod de exceptione jurisjurandi tacite vel expres-

si erit prætermissa, placet, re adversus reum judicata a qua appellatum non sit, postea exceptionem ad inhibendam judicati exsecutionem (9) objici non posse, et quod idem est, *rem judicatam non oppositæ præscriptionis velamento rescindi non posse*, ut est in *d. L. peremptorias*, in fin. *C. sent. resc. non pos.* ductum ex illo quod traditur de vi rerum judicatarum, rebus judicatis a quibus appellatum non sit standum esse; et post rem judicatam nihil amplius quæri quam an judicatum sit, *L. cum prolatis, L. post rem, D. de re jud.*

VII. Exceptæ tamen hic exceptiones duæ, non solum quas necesse non sit ab initio contestari, sed etiam quibus omnino non oppositis liceat et post rem judicatam his uti adversus sententiam priorem ad inhibendam exsecutionem rei judicatæ: exceptio Macedoniani, et exceptio Vellejani; traditum in (10) *L. tamen, D. de Senat. Macedonian.* Propone ita: pecunia filiofamilias

se ante rejecta tradit Myns. 4. *Obs.* 14. excipiens nisi judex antea plene de ea cognoverit, 3.° valde notabile quod Asin. *Praxi jud.* §. 13. *C.* 6. *n.* 7. et 8. ex plurium sententia, docet, quando reus lite contestata exceptionem rei judicatæ non opponit, sed postea ad merita et deductionem sui juris sententiam allegat, novæ liti acquievisse eum censeri; judicemque de justitia sententiæ, et si probationes adversarii firmiores, contra sententiam pronunciare posse ac debere per *L. duob.* 19. *de exc. rei jud. ibique not*; itemque quando de æquitate sententiæ disceptari passus reus et deinde exceptionem rei judicatæ objici. Et hæc modo sufficiant.

(9) *Cap. inter monasteria* 20. *C. suborta* 21. *Extr. de re jud.* Quia si exceptio est exclusio actionis, non erit exclusio sententiæ, Zas. *ad L.* 3. *h. t. n.* 16. et quia ex nova caussa judicati obligatio nata actori, *L.* 10. §. 6. *de pig.* Padilla *ad L.* 1. *C. de Jur. et fac. ig. n.* 1. Asin. *pluribus citatis* §. 13. *C.* 4. Jo. Omphal. *Lib.* 2. *de usurpat. n.* 13. *et relati N. seq.* Quæ exceptiones priori omissæ judicio in appellatione admittantur vid. Asin. *d.* §. 13. *C.* 2. *limit.* 4. *et* 5. et Hart. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 23. et dicetur forsan suo loco.

(10) Enimvero pluribus casibus DD. nostri exceptionibus post sententiam et in exsecutione judicati locum tribuunt, de quibus Zas. *ad L.* 2. *h. t. n.* 16. *et seqq.* Marant. *P.* 6. *membr.* 9. *n.* 18. Gail. 1. *Obs.* 113. *n.* 5. *et seqq.* Nic. Valla *de reb. dub. Tr.* 16. A. Fab. *C. suo h. t. defin.* 2. Padilla *ad L.* 1. *C. de Jur. et fac. ig.* Trentac. 2. *Pract. Res. tit. de Exc. Res.* 1. Confer Parlad. 2. *Rer. Quotid. C. fin. P.* 5. §. 11. *et* Coler. *de Process. exsec. p.* 4. *C.* 1. *passim* (qui posteriores de exceptionibus contra exsecutionem ex vi instrumenti vel statuti opponendis tractant.) Qui quoniam in hoc conjunctim de dilatoriis et peremptoriis tractant harumque loco etiam intentionis exceptiones habent, eorum vestigiis insistendo præcipua delibabimus; tum quia præclari usus, tum quia in reliquis hujus capitis curiose exquisitis esse libuit. (Ubique non licebit, ne in nimiam hæc molem excrescant.) In quo hic forsan ordo non inconcinnus; et is quidem totus noster, nec a quoquam, vel partium ratione acceptus. Ut sic opponi queant facit ut privilegium personæ: Et vel ipso jure, *ut L.* 1. *C. de Jur. et fac. ig.* Si miles armatæ militiæ, quia excluditur inermis tam togata quam cœlestis quæ dicitur. Quare hoc privilegio nec advocati et similes, (in quibus et juris ignorantia opprobrio est) Duar. *ad d. L.* 1. *et* Coras. *n.* 9. *et* 10. et Padilla *n.* 10. Trentac. *d. Res.* 1. *n.* 45. nec etiam clerici gaudent, Trentac. *d. n.* 45. sic omnes, tribus exceptis concludere scribens Coras. *d. n.* 10. et Padilla *n.* 7. ubi tamen et contrariam communem dici testatur. Gaudent autem milites quoque nostri hodieque, si exercitiis bellicis vacent, vid. Padilla *ad d. L.* 1. *n.* 12. Trentac. *d. Resol.* 1. *n.* 49. arg. eorum quæ not. *Lib.* 6. *C. ult. N.* 13. si caussam suam non si alienam, ut procurator non in rem suam datus, quid enim si nemo eum repulit, Coras. *n.* 6. Trentac. *n.* 41. Padilla *n.* 25. Non item si per procuratorem caussa militis acta, Padilla *d. loc.* et Trentacin. *n.* 42. quod ita forsan declarandum, si a procuratore suum consequi miles possit. Agens, id est tractans, defendens, Coras. *n.* 7. sive reus fuerit, sive actor, contra quam *Gl.* Fulgos. et Jas. *in d. L.* 1. Quia et verba *ageres et allegationes d. L.* 1. utrique conveniunt, et ratio decisionis communis, et replicatio exceptio actoris est, qua se tuetur et defendit, Padilla *n.* 6. Trentac. *d. Res.* 1. *n.* 44. Quod ita obtinebit, non si miles actor fuerit condemnatus et conveniatur, ut Trentac. *ibid.* Id enim nullo modo, saltem non facile continget. Sed si adversarius absolutus militi denuo agenti rei judicatæ exceptionem opponat, miles replicatione hujus privilegii (si non ex verbis, ast sententia *d. L.* 1.) se tuebitur, ignorantia juris. Magis itaque facti, quæ probabilior, etsi alias ex ea caussa decisa non instauretur, *L.* 7. *C. de Jur. et fac. ig.* Coras. *n.* 8. Non si ex certa scientia, Trentac. *d. loc. n.* 45. propter simplicitatem non quanvis, sed militiæ, id est quæ ex tractatione armorum. Quare aliud in rusticis, quibus fere otium est consulere peritiores, Coras. *n.* 4. *et* 9. et ut non sit aliquando, non tamen eis hoc privilegium ipso jure tributum, Padilla *n.* 24. vid. Trentac. *n.* 46. *et seq.* Aliud item in milite jurisperito, deficiente inscientiæ præsumptione. Coras. *n.* 9. Trentacinq. *n.* 45. idem statuens si probetur consuluisse advocatos, quod vix probandum, allegationes competentes omiserit; sive in facto consistant, sive in jure, Coras. *n.* 1. ut si Lex non allegata, Trentac. *n.* 39. Padilla *n.* 5. arg. *L.* 36. *de min.* excipiens, nisi sententia a principe lata, arg. *L.* 19. §. 1. *eod.* Sive peremptoriæ sint ex-

mutuo data cum ab eo repeteretur, negavit sibi datam. Re probata, cum nulla exceptione senatusconsulti usus esset, condemnatus est, nec appellavit intra tempora appellationi præstituta. Dicimus, cum ad exsecutionem ventum erit et pecunia ab eo exigetur judicati actione, eum adversus eam actionem recte usurum exceptione senatu-

ceptiones sive dilatoriæ, si eo tendant ut actionem et solutionem differant; secus si declinatoriæ fori et procuratoriæ: ita Coras. *n.* 13. *et seqq.* arg *L.* 29. §. 4. *D. Mand.* Aliter Padilla *n.* 58. negans exceptiones dilatorias militi post sententiam, si nondum satisfecit ultro, vel a Judice jussus, Coras. *n.* 11. Ut exsecutio excludat exceptionem quam non excludit sententia, notat Padilla *n.* 13. Juste tamen ambigi potest an non hoc casu militi conditio indebiti. Ut si repetenti opponatur ex judicato debitum solutum esse, miles replicet judicatum jure se non tenuisse ob hoc privilegium. Quo facit quod et qui exceptionem judicis sententia amisit, ad eandem rem quandoque habeat actionem, *L.* 18. *de Evict.* Cogita et confer *supra Lib.* 14. *C.* 12. Magis tamen puto hic restitutionem in integrum dari, de quo mox. Nec tantum si solvit, sed et si pignore aut quovis modo securum actorem reddidit, Coras. *d. n.* 11. per *L.* 9. *de pig. act. et simil.* Item si ad solutionem petiit dilationem, ut arg. a majori ex *L. pen. C. de re jud.* Padilla *n.* 13. Trentac. *de Res.* 1. *n.* 43. defensionibus suis quibuscunque ut dictum, si cœperit ex sententia conveniri, id est actione judicati, Coras. *n.* 12. vel si citetur ad exsecutionem, Padilla *n.* 14. vel denique si judex solvere jubeat post sententiam, aut quovis modo exsequatur, verbo *conveniri* paulo latius accepto, cum uti Imperator permittit, *d. L.* 1. Proinde ipso jure citra restitutionem in integrum, ut recte Trentac. *d. lo. n.* 38. Padilla *n.* 27. Non tantum quia verbum *permitto*, d. L. 1. est præsentis temporis, ut Padilla *post* Jas. *n.* 9. Sed maxime quia *d. L.* 1. constitutio generalis est, novum jus inducens. Leges autem Principis ipso jure tutos reddunt, cum et ipsum jus Prætorio opponatur. Diss. Coras. *ad d. L.* 1. arg. *L.* 1. et *t. C. de rest. mil.* Sed Res. 1.° eo Tit. non generales LL. sed rescripta ad certas species de jure constituto, non constituendo. 2.° Dispar ratio: Ibi jure amissum recipit miles ope restitutionis. Hic jure cavetur ne facultas excipiendi per sententiam militi, perinde ac aliis adimatur. Tunc forsan restitutio militi ex caussa exceptionis omissæ, cum post sententiam errore facti nesciens quod exceptionem habuerit qua exsecutionem impedire potuisset, solvit vel satisfecit. Vel ope restitutionis in integrum, si minor, vid. *supra Lib.* 21. *Cap.* 8. *N.* 6. et ibi citatos. Quod et rustico interpretes certis casibus indulgent ex justa ignorantia, Padilla *ad d. L.* 1. *C. de jur. et fac. ig. n.* 24. vid. Trentac. *d. Resol.* 1. *n.* 46. *et seq.* Quando autem hic exsecutio non impediatur vid. *supra Lib.* 21. *Cap. ult. N.* 4. Trentacinq. *d. Resol.* 1. *n.* 18. Aut qualitas et condictio exceptionum; quæ si post judicatum ortæ, semper illis locus, Padilla *ad d. L.* 1. *n.* 45. Trentacinq. *d. Resol.* 1. *n.* 12. et *n.* 19. itemque si post conclusionem caussæ, Asin. *Praxi* §. 13. *Cap.* 5. *n.* 3. Ratio evidens. Hinc si 30. anni a die sententiæ lapsi, præscriptio exsecutioni obstat, ut recte Asin. *Praxi* §. 31. *limitat.* 18. Item exceptio ordinis, si principalis post conclusionem caussæ solvendo redditus, qui antea non erat. Ut et si ex natura judicati, ut si ante quadrimestre judicatis indultum exsecutio petatur, Valla *de Reb. Dub. Tr.* 16. *n.* 1. Coler. *P.* 4. *Cap.* 1. *n.* 12. Sin ante ita: Si vel non, impugnant judicatum, ast exsecutionem et vires sententiæ inhibent aut moderantur, ipsam non infirmant, Maranta *d. n.* 18. Valla. *d. Tr.* 16. *n.* 1. Padilla ad *d. L.* 1. *n.* 30. Trentac. *d. loc. n.* 7. Asin. §. 13. *Cap.* 5. Gail. 1. *Obs.* 113. *n.* 5. *et* 2. *Obs.* 17. *n.* 9. Quæ sententiam iniquitatis non arguunt, sed aliunde defensionem condemnato adferunt, Jac. Omphal. *Lib.* 5. *de Usurpat. LL. Cap.* 6. *n.* 13. cum utramque stare potest et quod judicatum est, et quod in exceptionem deductum, Ant. Fab. *Cod. suo h. tit. defin.* 2. *n.* 3. Quæ scilicet aut jure exstinctam obligationem fuisse arguunt. Ut exceptio solutionis, Asin. *Praxi judic.* §. 31. *Cap.* 2. *lim.* 15. Zang. *P.* 3. *Cap. ult. n.* 80, Ant. Fab. 25. *Err. Pragm.* 3. *pag.* 935. *et Cod. suo hoc tit. defin.* 2. quia, ait, hac allegata, non labefactatur auctoritas sententiæ qua deberi judicatum, cum solvens se debuisse fateatur. Ubi hoc prodesse tamen sententiam victori notat, quod reo probatio se indebitum solvisse adempta. Confer in simili Coler. *Parte* 4. *de Process. Cap.* 1. *n.* 99. *et seqq.* Parlador. *supra d.* §. 11. *n.* 30. *et seqq.* Item novationis, Asin. *d. Cap.* 2. *lim.* 16. Zang. *d. loc. n.* 81. Compensationis *L.* 2. *C. de Compens. supra Lib.* 16. *Cap.* 15. *n.* 38. Jo. Petr. Surd. *Decis* 191. Trentac. *d. Res.* 1. *n.* 16. Padilla ad *d. L.* 1. *n.* 38. A. Fab. *d. Def.* 2. Valla *de Reb. Dub. Tr.* 6. *n.* 1. Gail. 2. *Observ.* 17. *n.* 10. et alterius cujusvis liberationis jure ipso contingentis, Zang. *d. C. ult. n.* 83. Nam nec hæ veræ sunt exceptiones, cum actionem non præsupponant, vid. *supra Cap.* 1. *N.* 4. Nec alicujus vitii insimulatur sententia judicis qui, liberatione non allegata, vere et juste pronunciavit actori deberi. Non enim aliter hoc jus obtinet, quam si earum mentio antea judici nulla facta; secus si ante sententiam objectæ et rejectæ, Valla *d. n.* 1. Trentac. *d. Res.* 1. *n.* 18. Zang. *d. C. ult. n.* 112. Non idem in veris exceptionibus liberationem parientibus, etiam iis quæ DD. vulgo litis finitæ usurpantur. Tametsi enim et hic in nullo videri possit existimatio judicis lædi, qui de intentione tantum actoris cognovit et judicavit, quam ita excipiendo reus diffiteri et ita sententiam recta lædere non videtur. Multum tamen inter hæc interest; Quippe hæ exceptiones non rite suo tempore objectæ, nec ullæ fuisse, postquam judicatum est censetur. Neque tunc ullo sensu

sconsulti, et hoc modo consecuturum ne rei prius judicatæ parere cogatur. Idem dicendum est, si mulier quæ pro alio intercesserat, cum eo nomine conveniretur, præter-

reus liberatus dici potest, cum liberari per exceptionem sit facto suo et oppositione liberari, *L.* 27. §. 2. *de pact. etc.* Et cum non opposita ea quis condemnatus, nulla liberatio superest. Quare cum et præscriptio temporis vera exceptio sit eademque liberatoria, *supra C.* 2. *n.* 9. nec ejus idem in hoc jus quod superiorum solutionis etc. contra quam Zang. *d. C. ult.* n. 86. et alii. *Aut non efficacem*, qualis ex persona actoris exceptio usurarii contractus, Trentac. *d. loc. n.* 21. Padilla *n.* 49. excommunicationis et proscriptionis Trentac. *n.* 35. Padilla *n.* 46. *et seq.* Ex persona rei, exceptio Senatusconsulti Macedoniani et Vellejani, de quibus Donell. *hic et supra Lib.* 12. *C.* 25. *sub fi.* Vult. *ad h. t. Inst. de Exc. n.* 20. Et de exceptione Vellejani tradit Padilla ad *d. L.* 1. *n.* 45. Ac de Macedoniano idem sensisse Trentac. *d. Resol.* 1. apparet ex regula ejusdem *n.* 35. quod inducta principaliter odio agentis ita recte apponatur. De utraque male, lapsu aut calore pennæ forsan potius quam certo judicio, negat Zang. *d. C. ult. n.* 93. Et de Macedoniano asserit, de Vellejano negat Coler. *P.* 4. *C.* 1. *n.* 137. *et seq.* Item non numeratæ pecuniæ, ex sententia Zang. *d. C. ult. n.* 90. Quod an verum sit ambigo. Neque enim satis comprobatur ex eo quod Fachin. 2. *Contr.* 84. et Coler. *P.* 4. *C.* 1. *n.* 90. docent hanc exceptionem quia juris sit, quod semper certum est, instrumentis paratæ executionis opponi licere. Cum ipse Zang. *d. loc. n.* 94. argumenti inde huc ducti firmitatem diffiteatur. Fortasse tamen alia ratione sustineri posset. Potest et huc referri exceptio pretii non soluti, quia ibi dicitur *nondum esse actio*, *L.* 13. §. 8. *de act. empt.* nempe efficax. Sed malo ad sequens membrum. Sane in hisce ipsa auctoritas judicati non evertitur; cum utraque (sententia et exceptio) suo quæque sensu, unæ veræ sint; ex. gr. verum pariter et Titium filiumfamilias qui 10. credita accepit a Cajo danista, solvere 10. debere mero jure civili et naturali; et eundem civili ratione tutum, ne ab invito exigatur. Quæ quia judici non proposita, nec attendere illam oportuit. Cujusmodi quid, etsi aut absimiliter quibusdam exceptionibus liberatoriis accommodari posse videatur, discriminis tamen inter illas ubi aliquando efficaciter debuit reus, et has quæ faciunt ne ab initio efficaciter obligetur, in hoc articulo forsan haud absurda hæc ratio: Ut quis per exceptionem liberetur, eam proponat judicio et contestetur necesse est, ut ipsa adjectio *per exceptionem* sua vi arguit. Exceptio enim non aliter liberare potest, quam si rite suo tempore judicio objecta. Quando vero quis initio tutus exceptione, ne ab eo exigatur, sicuti nullum unquam tempus fuit antequam ad judicem iretur, quo cum effectu debuit, *L.* 10. *de V. S.*, ita nec postquam itum est. Illic ut liberetur reus, facto et objectu opus, vid. *Lib.* 14. *C.* 2. *ibique N.* 1. Hic ne obligetur, non æque, sed jus certum (Senatusconsulta ac constitutiones) hoc efficit. Unde quibusdam hæ exceptiones juris magis quam facti dicuntur. Easdemque non allegatas judicis officio, si ut judici appareant, suppleri posse plures probabiliter statuunt. Ex quo ipso consequens est objectum earum non ita stricte et eodem tempore uti aliorum requiri etc. Aliæ vel exsecutioni modum statuunt; quales DD. plures opinor statuuntur quam juri convenit. Sed eorum vestigia sectantes illas sic partiri poterimus. Quæ aut ejus vires minuunt ac restringunt, et vel quia a condemnato solidum exigi nequit, ut exceptio competentiæ quam vocant, de quo *C. seq. sub fin. ubi vide.* Item inventarii, ne heres ultra vires hereditarias teneatur, ut ex communi contra quosdam Padilla *ad L.* 1. *C. de Jur. et fac. ig. n.* 40. Trentac. *d. Resol.* 1. *n.* 10. Asin. *Praxi* §. 13. *C.* 5. *n.* 1. Maranta *p.* 6. *membr.* 9. *n.* 18. Zang. *P.* 3. *ult. n.* 102. (Ubi *n.* 104. Jure Sax. nec in amplius fieri condemnationem etiam non confecto inventario monet) vid. tamen Jo. P. Surd. *Dec.* 332. ubi post concessionem exsecutorialium ei locum non esse judicatum refert. Addunt quidam exceptionem divisionis fidejussorum, post Butricarium Padilla *loc. n.* 42. Sed communius alii contradicunt per *L.* 10. *C. de fidejuss. ubi* Donell. *n.* 4. Vult. *ad h. t. Inst. n.* 22. Trent. *d. Res.* 1. *n.* 14. Zang. *P.* 3. *C.* 19. *n.* 5. Hering. *de fidejuss. C.* 28. *n.* 34. Plane si omnes fidejussores conjunctim eadem sententia condemnati, merito in exsecutione divisio fiet, Zang. *d. loc. n.* 6. Vel quia ipsi vicissim quid ab actore præstandum, ut exceptio ad sumptus in rem factos, Trentac. *d. loc. n.* 8. Padilla *n.* 37. Zang. *P.* 3. *C. ult. n.* 111. Extenuationis sortis propter fructus pignoris, Trentac. *d. loc. n.* 18; sed hæc ferme species solutionis. Collationis faciendæ a coherede, Zanger. *d. Cap. ult. n.* 100. *post alios.* Cedendarum actionum, per *L.* 12. *de re jud. L.* 20. §. *ult. de tut. et rat. distr. L.* 41. §. 1. *D. de fidejuss.* Don. *ad d. L.* 12. *de jud. et ad L.* 10. *C. de fidei. n.* 4. Trentac. *d. loc. n.* 13. Padilla *n.* 44. Zang. *d. Cap. ult. n.* 100. Coler. *P.* 4. *Cap.* 1. *n.* 87. *et seqq.* Jac. Schult. *Obser. forens.* 10. aut sustinent et ad tempus inhibent donec prius mutua se obligatione solvat actor, si ex eodem ea contractu. Exceptio pretii non soluti, vel mercis non traditæ, et generalius impletionis ex parte agentis non secutæ. Ita enim contra Bartolum plerique cum et ex natura contractus veniat, et retentio hic quasi jure pignoris competat, *L.* 13. §. 8. *de act. empt.* de cujus caussa ante non actum, Padilla *d. loc. n.* 41. Trentacinq. *d. Res.* 1. *n.* 11. Zang. *d. Cap. ult. n.* 89. Parlad. 2. *Rer. Quotid. Cap. fin. p.* 5. §. 11. *n.* 25. Gail. 2. *Obs.* 17. *n.* 8. *et* 9. Coler. *P.* 4. *Cap.* 1. *n.* 83. A. Fab. *C. suo h. t. defin.* 43. Jo. Bapt. Asin. *de Exsecut.* §. 9. *Cap.* 172. *n.* 7. *et Praxi judic.* §. 31. *limitat.* 14. qui hoc

missa exceptione Vellejani condemnata sit. Etiam hæc in exsecutione judicati recte Vellejani exceptione se tuebitur. Cur ergo hæ exceptiones ex cæterarum numero exemptæ; præsertim adversus generalem constitutionem juris qua efficitur, rebus judicatis standum esse? Excipiendi ratio hæc fuit, quod unusquisque juri alicui recte renuntiat, dum juri pro se introducto, *L. pen. C. de pact.* Quod autem jus alterius et maxime publicæ utilitatis caussa introductum est, id nullius privata pactione, multoque minus omissione aut tacita dissimulatione infringi aut mutari potest. *L. jus publicum, L. si unus, §. pacta,* illic, et in *summa, D. de pact.* Atqui tales sunt superiores exceptiones duæ. Exceptio quidem Macedoniani, etsi commodum filiifamilias continet, quæ illum liberat; constituta est et tamen non filiifamilias gratia, sed pœnæ caussa et in (11) odium creditoris, ut hac pœna coerceatur qui pecuniam filiofamilias credidit, atque hoc metu deterriti fœneratores discant malis moribus adolescentum materiam non subministrare, ut senatusconsulto ipso expressum est, *L. 1. D. de sen. Mac.* Non ergo dissimulatione sua filiusfamilias huic exceptioni recte renuntiaverit, quæ ejus caussa constituta non est; idque tanto minus ei remittere licebit, quod in eo publica utilitas versatur: publice enim expedit, et ad bonos mores pertinet delicti metum pœnam, *L. si unus, §. pacta, D. de pact.* Nec in dissimili caussa est exceptio Vellejani. Hæc quidem ex parte constituta est mulierum caussa, ne per caussam intercessionis in aliquod inciderent periculum rei familiaris; ipsæ alioqui multis hujusmodi casibus suppositæ atque objectæ propter sexus imbellicitatem, ut est in *L. 1.* et *L. 2. §. 1. D. ad Senatusc. Vellejan.* Sed tamen et in hac exceptione constituenda maxime ratio habita est decoris publici et honestorum morum. Placuit enim fœminas ipsas per se, sive velint sive nolint, ab omnibus officiis publicis et civilibus remotas esse, *L. fœminæ. D. de reg. jur.* Et hoc quia virilia officia hæc sint, quibus mulierum fungi sexus verecundiæ et honestati non convenit. *L. 1. §. 2. D. de postul.* In his autem officiis civilibus numeratur inter cætera pro alio intervenire, *d. L. fœminæ*, quæ et ipsa ratio hujus exceptionis inducendæ redditur in *L. 1. D. ad Vell.* Est ergo hactenus Vellejani exceptio non privati juris, sed publici. Cui illa derogare ulla omissione sua præcedente non potuit, *L. testandi, C. de testa.* Quod si ita est, necesse est ut quæ exceptio mulieri ante amissa non est, ea illi supersit integra et post rem judicatam.

VIII. De formula et conceptione exceptionis hodie laborandum non est. Nam jam olim constitutionibus sublatæ sunt formulæ et impetrationes actionum, *tit. C. de for. et imp. act. subl.* Multo magis sublatæ (12) formulæ exceptionum; cum in ea-

confirmat non inepte arg. *L. 30. §. ult. de jurejur. junct. L. 2. eod.* Facit *L. pen. D. de rescind. vend.* Secus si ex alio. Hinc reconventio post sententiam objecta exsecutionem non remoratur. Cæterum Trentacinq. *de Resol. 1. n. 15.* et ordinis, seu exclusionis exceptionem judicato objici vult. Sed contra Padilla post alios ad *d. L. 1. n. 43.* et rectius. Nam imo regulariter nec post litem contestatam admittitur, vid. *C. seq. N. 58. in fin.* Plane tunc Trentacinquii opinio admittenda, quando post sententiam principalis solvendo redditus; ubi scilicet hæc exceptio post judicatum nata. Secus si inter moras judicii prioris, etsi tunc quoque admittat Hering. *de fidejuss. Cap. 28. n. 25. et seq.* Vel aut sententiam nullitatis arguunt, aut probatæ judicium retro nullum reddunt, Padilla *ad d. L. 1. n. 30. et seqq.* Trentac. *d. Resol. 1. n. 1. et seqq.* Omphal. *Lib. 5. de Usurp. LL. Cap. 6. n. 13.* Vant. *de nullit. tit. ult. Quib. mod. sent. null. defen. poss. n. 58.* Quod membrum peculiariter suo loco, *Lib. 27.* si commodum erit, exsequar. Superiora autem omnia certas conditiones habent. Si et ante objectæ non sint, ut *supra vers. Non enim aliter.* nec ad quascunque exceptiones opponendas judex terminum præfinierit, Asin. *§. 13. C. 5. n. 2. d. Res. 1. n. 17.* Jo. Petr. Surd. *Dec. 332. n. 3.* et probatio offeratur tum legitima, non si jusjurandum victori reus deferat, Zang. *d. Cap. ult. n. 120. ut suo loco.* tum liquida, quæ scilicet expediatur intra tempus judicatis jure communi vel provinciali tributum, vid. Zang. *d. Cap. ult. n. 123. et seqq.* Secus si altiorem quæstionem habeant, Zang. *d. loc. n. 115. et seqq.* Asin. *Prax. §. 18. Cap. 7.* Gail. *1. Obs. 113. n. 11.* Confer Coler. *p. 4. Cap. 1. n. 141. et seqq. Ubi tamen salva servatur reo repetitio aut reconventio post exsecutionem*, Zang. post alios *d. loc. n. 117.* Quomodo autem, coram quo hæ exceptiones proponendæ, quis de earum jure et veritate cognoscat, vid. Gail. *1. Obs. 113. n. 7. et 8.* Claudite jam rivos etc.

(11) Quomodo DD. vulgo regulam habent, exceptioni principaliter odio creditoris inductæ locum esse post judicatum: Quo illi et excomunicationis et usurarii contractus exceptiones referunt, Trentac. *2. Pract. Res. h. t. Res. 1. n. 35.* Padilla ad *L. 1. C. de Jur. et fac. ig. 46.* vid. *N. præced.*

(12) Et hodie nuda facti narratione, unde jus excipiendi oritur contenta, Vasq. *2. Contr. usu freq. 32. n. 14.* Wesemb. *in supplem. ad Sneidvin. h. tit. Inst. n. 8.* nec in scri-

dem caussa et utilitate removendæ anxietatis verborum multo plus tribuendum sit reis, conditione ipsa personæ favorabilioribus. *L. favorabiliores, D. de reg. jur.* Ne tamen hic scripta veterum nos fallant, non erit alienum hoc loco paucis refricare quod in definitione exceptionis jam supra attigimus, sic fuisse usum veterum in exceptionibus designandis, ut tanquam qui ex regula aliqua præcedente quæ intentione actoris contineretur quid exciperent, ita oratione conditionem eam et exceptionem exprimente uterentur: natum scilicet ex defensione rei, quæ hujusmodi esse consuevit ut reus sic acciperet intentionem actoris, forte mutuum repetentis, quasi ille definitione generali juris uteretur, puta eum qui mutuum accepit, reddere debere; ex qua deinde colligeret, quia reus acceperit, ideo eum debere reddere. Cui intentioni tum subjiceret reus, recte hoc illum ita intendere; sed debuisse addere hanc exceptionem quæ nunc reo competeret, nisi si non hoc aut illud factum esset; vel: at hoc ita, nisi illud aut illud secutum esset.

IX. Atque hinc illæ (13) formulæ (liceat enim ex innumeris paucas indicare quæ exstant sub titulis hujus argumenti): Si non inter me et te convenit, ut pecunia soluta uniones redderes, *L. 4. §. item quæritur*, 8. *de dol. ma. exc.* Si non dolo malo malo tuo, si non metus caussa in ea re factum est, *ead. L. 2. §. 1. L. 4. §. pen. eod.* At si ea res judicata non sit inter me et auctorem tuum, pro: at hoc ita; nisi, *L. 9.* in fi. *L. si quis rem, 24. D. de exc. rei jud.* et quæ simili conceptione exstat in *L. 2. eod.* item in *L. qui cum herede, D. de obli. et act.* at si non in ea caussa sint tabulæ testamenti, ut contra eas bonorum possessio dari possit; ubi utroque in loco in Pandectis Florentinis mendose legitur, ac si non, pro at si non. Item illa, quod præjudicium hereditati prædio non fiat, pro dum præjudicium hereditati non fiat, *L. si post, L. fundum, L. fundi, D. de exc.* (14)

plis modo, sed et viva voce proponi posse DD. plerique docent, etsi postea in scripturam redigatur, Vasq. *d. Cap.* 32. *n.* 12. post alios Zang. *de Exc. P.* 1. *Cap.* 3. *n.* 20. Hering. *de Fidei. Cap.* 28. *n.* 5. Jo. Pels. *Process. tit.* 35. *n.* 41. hinc eximens eas quæ in modum actionum proponuntur, ut non numeratæ pecuniæ vel dotis (ut et Rosbach. *tit.* 39. *n.* 12.) Asin. *Praxi* §. 18. *C.* 8. Quia, ait *n.* 3., jure Digestorum nec actionis libellus in scriptis porrigendus. Quod quoad eam jure Codicis mutatum in exceptione incorrectum mansit. Et hoc tamen argumento ab actoris libello ducto, et quia reus excipiendo loco actoris, hæsitat ac dubium relinquit nec definit, in ordinariis judiciis (in summariis res expedita) Sigis. Scaccia *Lib.* 2. *de judic. civil. Cap.* 8. *Q.* 33. *n.* 176. Plane exceptio dicitur libellus rei. Et sic contradictorii libelli in *L. un. C. de his qui potent. nom.* ubi Sich. *n.* 5. Unde æque ob ineptitudinem et obscuritatem vitiatur. Quo de vide Alex. Stiatic. *Pract. Observ. C.* 22. *n.* 42. *et seqq.* Ac in dubio interpretanda ad favorem rei ut et *L.* 66. *de judic.* locus fit in reo. Stiat. *d. loc. n.* 55. Tamen nec conclusionem in illa requiri, si ex facto proposito elici queat, vulgo proditum est, Bover. *Sing.* 52. *n.* 1. Vasq. *d. Cap.* 32. *n.* 13. Jo. Pels. *Process. tit.* 35. *n.* 35. Gilken. ad *L.* 3. *C. de edend. n.* 89. Monach. *Pract. P.* 5. §. 6. *C.* 2. *n.* 6. Stiatic. *d. C.* 22. *n.* 52. maxime ait, quia usu styli in calce opponi solet clausula: Super quibus omnibus peto mihi jus etc. De clausulis et protestationibus exceptionibus adjici solitis vid. Martin. Nigrin. *Tr. de Protestationibus* verbo *Testatio n.* 40. *et seqq.*

(13) Plura exempla pete ex Duar. ad *L.* 7. §. 2. *de pact. fol.* 55. Vult. *ad h. t. Inst. n.* 6. et præsertim Briss. *Lib.* 5. *de Formul. pag.* 402. *et seqq.* add. Cujac. 5. *Obs.* 34. P. Fab. ad *L.* 154. *de R. J. pag.* 620. *et seq.* Ubi docet exceptionum formulas non nisi negativo modo conceptas, aut quæ in eum resolvi debent, cum excludendæ actioni addantur. Refellitque eos qui etiam affirmative proponi solitas volunt, ut Cujac. *d. Cap.* 34. Quos nihil juvat, *L.* 2. *de adult. et* §. *ult. I. de replic.* quia neutrobique formula exceptionum. Nec urget, *L.* 2. §. 1. *de doli exc.* Nam in prima formula omissa negatio ex proxima vel reponi vel interpretatione suppleri debet. Nec obstant exempla, *L.* 14. *h. t. L.* 11. §. 3. *de exc. rei jud. L.* 5. §. 2. *de exc. doli.* Nam resp. P. Fab. in illis LL. non proponi formulam, sed per voculam *quod* rationem reddi a jurisconsultis, propter quam tribui illis speciebus exceptionem æquum sit.

(14) Add. Hot. 8. *Obs.* 3. *in fin.* Goth. ad *d. L.* 13. Male Revard. 1. *de præjudic.* 14. illis verbis *quod præjudicium d. L.* 13. contendere possessores hereditati præjudicium fieri debere.

## CAP. VIII.

### De dilatoriis et temporalibus: quæ sint; quam vim habeant ad quos pertineat; Quis earum rectus usus.



I. Hæc de peremptoriis et perpetuis exceptionibus, deinceps de dilatoriis et temporalibus breviter cognoscamus. Dilatoriæ et temporales, finitore Cajo, sunt quæ non semper locum habent, sed evitari possunt, *L.* 3. *D. de exc.* vel, ut est apud Justinianum, quæ ad tempus nocent et hujus temporis dilationem tribuunt, §. *temporales, Inst. eod.* Quod rem differunt, dilatoriæ; quod ad tempus id faciunt (1) temporales sunt appellatæ. De his eadem illa quatuor quærimus quæ supra: Quæ sint; Quam vim habeant; Ad quos pertineant; Quis earum rectus usus. Quæ omnia cum pro genere exceptionis itidem ut in superiore genere varientur, ante harum exceptionum genera nobis constituenda sunt: ex quo etiam primum illud, quæ sint intelligetur.

II. Exceptionum dilatoriarum genera quæ quidem, ut origine distant, ita in re proprias earum differentias quam commodissime exprimunt; observandum est duo (2) hæc esse. Quædam enim quæruntur debitoris opera; quædam legitimæ sunt, et jure ipso tribuuntur. Quæruntur opera debitoris duæ: exceptio pacti conventi temporalis, et quæ in constitutionibus dicitur moratoria præscriptio; quarum prior quæritur conventione debitoris; posterior beneficio quidem principis, sed precibus et opera debitoris impetrato.

III. Exceptio (3) pacti temporalis est, cum

(1) Dictæ ab effectu temporario, ut citati *supra Cap.* 1. *N.* 1. non a tempore opponendi, qua id omnibus non idem, minus quod temporis lapsu pereant, vid. *supra d. Cap.* 2. *N.* 13. Plane ut perpetuæ exceptiones duplici sensu dicuntur, vid. *d. N.* 13. ita et temporales. Alio enim sensu temporales præscriptiones *tit. D. de divers. temp. præscript.* non ex effectu sed initio et caussa, quia ex usu longi temporis natæ, et alias et ipsæ perpetuæ, caussam perimentes, Don. *ad rub. C. h. t. n.* 112. *et ad L. plures* 19. *C. de fide instr. n.* 13. Zang. *P.* 1. *Cap.* 3. *n.* 41. Et ita annalis exceptio *t. C. de ann. exc.* non quæ anni lapsu exstinguitur, nec quæ objecta annuum effectum habet; nam immo perpetua est et peremptoria, sed quæ anno acquiritur.

(2) Non longe abludit divisio vulgaris qua aliæ declinatoriæ judicii, aliæ declinatoriæ actionis et solutionis, Menoch. *arb. Cap.* 240. *n.* 1. Coras. *ad L.* 1. *Cod. de jur. et fac. ig. n.* 14. Omphal. *Lib.* 5. *de Usurpat. LL. C.* 6. *n.* 1. Nec aliena divisio Cujac. 9. *Obs.* 23. *et* Vult. *ad h. t. Inst. n.* 18. quod aliæ ex caussa proficiscantur, aliæ ex personis quæ ad processum pertinent. Atque huc reduci potest et trimembris Donelli partitio ad rub. *C. h. t. n.* 13. quod quædam sint judicii recusandi aut transferendi caussa, quædam de re ipsa, ut quæ ex pacto, quædam minuendæ condemnationis. Ut et illa Rulanti *de Commiss. P.* 4. *Lib.* 8. *Cap.* 6. *n.* 2. quod aliæ personam concernant, aliæ non; et hæ vel circa processum, vel extra processum, actionis nondum competentis, vid. *infra N.* 13.

(3) De qua Zang. *de Exc. P.* 2. *Cap.* 12. et quædam *infra h. C. N.* 22. *et N.* 23. Quam male Ant. Fab. 25. *Err. Prag.* 3. *p.* 934. peremptoriam esse, æque ut ejus pacti ne unquam petatur, censet contra ipsissima verba Imp. §. 10. *de Exc.* Dilatoria quoque exceptio vulgo statuitur, quæ obligationi in diem vel conditionem objicitur, si præmature ante diem vel conditionem petatur, ut Menoch.

ita convenit ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium; de qua est in §. *temporales. Inst. de exc.* Moratoria (4) præscriptio dicitur quæ competit debitori, dilatione solvendi ad aliquod tempus a (5) principe impetrata, cujus mentio est in constitutione Constantini (6) *L. 2. C. de precib. Imp. off.* Sic autem atque ex hac caussa hujusmodi dilatio impetratur. Solent enim debitores, si qui forte casibus aliqui-

*arb. C.* 240. *n.* 6. Marauta *Speculi p.* 6. *memb.* 9. *n.* 6. Asin. *praxi judic.* §. 13. *Cap.* 2. *n.* 11. Zang. *P.* 2. *Cap.* 11. *n.* 4. *et* 5. *citati supra Lib.* 15. *Cap.* 8. *N.* 4. Sed verius est utroque casu agentem ipso jure repelli, ut Donell. *ad L.* 41. §. 1. *de V. O. n.* 42. vid. et *d. Cap.* 8. *N.* 4. *et eod. lib. Cap.* 11. *N.* 1. vid. et *infra N.* 22.

(4) Qua de re absolutiorem cognitionem expetens sitim facile explebit, si consuluerit et inter se contulerit quæ de ea prodidere Cujac. 2. *Obs.* 10. Menoch. *casu* 230. *n.* 14. *et seqq.* Bronc. 1. *Misc.* 3. A. Fab. 25. *Err. Prag.* 3. *et Lib.* 1. *Cod. sui t.* 9. Jo. Bapt. Asin. *Tr. de Exsecut.* §. 6. *Cap.* 69. *et seq.* Trentacinq. *Lib.* 3. *Pract. Resol. tit. de Solut. Resol.* 1. et 2. Coler. *de Process. exsec. P.* 1. *Cap.* 4. *n.* 14. *et seqq. et Cap.* 9. *n.* 28. *et seq. et C.* 10. *n.* 228. *et seq.* Moller 4. *Semestr.* 6. *et seq. auctores differ. jur. civ. et Sax. P.* 2. *diff.* 30. Zang. *de Exc. P.* 3. *Cap.* 12. *n.* 3. et 4. Knich. *de Sax. non provoc. jure* verbo *Ducum Sax. Cap.* 5. *n.* 453. *et seqq.* Lancell. Conrad. *templi omn. judic. Lib.* 1. *C.* 1. §. 4. *de præstantia et potentia imperatoris* verbo *debitoribus dilationes indulget, pag.* 418. *et seqq.* Cornel. Beninces. *de privileg. paupertatis speciali* 8. *in judiciis* Hering. *de fidejuss. Cap.* 5. *n.* 100. *et seqq. et Cap.* 19. *n.* 75. *ac seq.* et *C.* 27. *p.* 5. *n.* 76. *et seqq.* Matth. Steph. *Lib* 2. *de Jurisd. P.* 1. *C.* 1. *membr.* 2. *n.* 248. *et seqq. et C.* 7. *n.* 389. et *seqq.* Wurmser. *Lib.* 1. *tit.* 28. *Obs.* 9. Paul. Matt. Wehner. *Obs. pract. de V. S.* v. *Anstandbrieff.* Ott. *Meland. Comm. Cameral. P.* 1. *tit.* 102. Guid. Papæ *Decis.* 97. et 109. *ibique* Ant. Rambaud. P. Matthæ. Stephan. Ranchin. et Jacob. Ferrer. *in annotat.* Matth. *de Afflict. Decis.* 66. *et Decis.* 377. *et* 2. *seqq.* Jo. Petr. Surd. *Decis.* 301. et 307. *ac* 323. Fr. Viv. *Lib.* 1. *Decis.* 38. Tessaur. *Decis.* 186. Bœr. *Decis.* 296. Quoscum onere adierim, præstat ex iis præcipua decerpere, ut *n. seq. item infra N.* 21. et 24.

(5) Solo non a magistratu inferiore Lanc. Conrad. supra loco citato *n.* 1. Wehner. *d. v. Anstandbrieff.* Tessaur. *Decis.* 186. *n.* 8. *diff. jur. civ. et Sax.* 30. *p.* 2. *n.* 1. Ant. Fab. *C. suo Lib.* 1. *tit.* 9. *defin.* 17. Verum ex quo dogma invaluit Principibus Imperii jura Cæsaris in suis ditionibus esse, vid. *supra Lib.* 17. *Cap.* 9. *N.* 7. exinde hoc quoque superioritatis jus et eminentiam in iisdem usurpant Wehner. *d. loc.* Meland. *d. tit.* 102. Matth. Steph. *d. Cap.* 7. *n.* 389. *Knich. d. Cap.* 5. *n.* 456. Quo tamen debitores se contra creditores eidem principi non subjectos frustra tueri rationis videtur. Valde autem displicet argumentum Melandri et Stephani *dd. loc.* Si creditores omnes, ajunt, aut major pars inducias recte indulgent qui privati sunt, quidni id liceat principi, de jurisdictione et regalibus ab Imperatore investito. Nam diversitas evidens, cum illi de jure suo remittant. Cumque major pars reliquis quinquennales inducias dando nocet, et id diplomate principis auctoritatem sumat oportet, *L. ult. pr. C. qui bon. ced.* Fr. Viv. *d. Decis.* 38. *n.* 7. Knich. *d. loc. n.* 457. recte reprobans distinctionem inter inducias gratiosas, et justitiæ quas, majore parte creditorum petente, a quovis judice concedi posse volunt, etsi eam probet Trentac. *d. Resol.* 1. *n.* 4. Plane debitori solvere parato diemque petenti judex tempus judicati recte tribuit, *L.* 21. *de jud.* et debitori fiscali duos vel tres menses prorogat, *L.* 45. §. 10. *de Jure fisci.* Apud suos in fiscalibus 10. dierum, in privatis 50. dilationem concedi notat Tessaur. *d. Decis.* 186. *in fin.* Apud nostros sex hebdomadæ et tres dies vulgo *die Gächsische trist.*

(6) *L.* 4. *C. eod. L.* 45. §. 10. *de Jure fisci Poliven Ordnunggu Augspurg. ann.* 1548. *von verdorvnen Kauffleuten, L.* 3. *L.* 6. *C. Th. de div. rescript.* Cassiod. *Lib.* 2. *var.* 38. Male huc citat Cujac. 2. *Obs.* 10. *L. ult. C. Quib. bon. ced.* quæ est de induciis et debitoribus indultis. Male ibid. Cujac. et A. Fab. 25. *Err. Prag.* 3. negant huc pertinere *d. L.* 2. legentesque pro, *permittitur*, *remittitur*, per moratoriam intelligunt dilatoriam. Quasi sensus *L.* 2. sit: Dilatoriam exceptionem remitti posse creditori, eripi debitori. Exemplum dat Cujacius in exceptione pacti ne intra quinquennium petatur. Hanc vult creditori ante quinquennium relaxari posse. Et hoc sane recte refellit A. Fab. *d. loc.* non quidem ea ratione quod hæc exceptio pacti peremptoria, quæ falsa est §. 10. *I. h. t. de Exc.* sed altera ea quia magna fieret paciscenti injuria. Tolleret enim princeps debitori jus quæsitum, qui tamen favorabilior et beneficio dignior creditore. Plane cum jure veteri et adhuc tempore Constantini auctoris *d. L.* 2. ante diem pacti petens caussa ceciderit *d.* §. 10. *Inst. h. t.* §. 33. *de act.* apparet tunc ipsa petitione actoris præmaturam omnimodam liberationem reo partam fuisse, non per exceptionem aliquam peremptoriam, sed ipso jure. Proinde, accepta juxta Cujacium *d. L.* 2. maximum præjudicium debitori, rescripto principis, creari potuisset, quippe quod si non liberationem partam abstulisset, saltem ne pareretur impediisset. Pari autem errore Faber. *d. L.* 2. remitti actori exceptionem dilatoriam non caussæ merita sed personas judicii concernentem, quia minoris præjudicii sit, nihil de adversarii jure detrahat, sed judicii tantum ordinandi rationem immutet. Graviori errore ibid. Faber. nullo juris loco probari usum rescriptorum de quinquennalibus judiciis, ac

bus (7) fortuitis repente facultatibus eversi sint, aut alioqui magnum aliquod damnum passi sint rei familiaris ita ut efficerentur non solvendo, libello adire principem, et casu (8) exposito implorare ejus opem, et ad eam rem petere sibi ab eo concedi alicujus temporis dilationem qua se tueri possint adversus creditores, ut interim (9) conficere

noc de annalibus. Nam immo dilatoriæ, ut inductione plurium probatu facile, crebro longe gravioris præjudicii si adimantur reo, quam onerosa est actori dilatio annalis, jure crediti quoad sortem et usuras non solum salvo, sed et cautione idonea securo reddito, ubi verum est quod vulgo jactatur, quod differtor non auferri, agnoscente fere ipso Fabro 25. *Err. Prag.* 1. Quare vel ex sententia Fabri accepta *d. L.* 2. satis inde per consequentiam hoc jus probatur, ne alias contra juris regulam, minus reo permitteretur quam in simili actori. Certe ut quoties miserationis ratio debitori casus fortuitos passo hanc exceptionem indulgeri suadet, toties pro actore ratio evidens esse possit, qua reo dilatoris judicii auferatur, dari vix potest. Tametsi hoc quoque Principi ex caussa licere, maxime quoad exceptiones quæ de apicibus juris sunt, non diffitear, *Clem. sæpe* 2. *de V. S. Cap. ex parte* 13. *de off. jud. deleg.* vid. Zang. *P.* 2. *Cap. ult. n.* 48. Exceptionem tamen procuratoriam quæ militi objicitur, rescripto tolli non posse probat *L.* 7. *C. de Procurat.* Brunch. 1. *Misc.* 3. (etsi contra Zang. *d. n.* 18.) unde satis refellitur Faber. Objiciunt Cujacius et Faber: Posterior pars *d. L.* 2. est de remissione exceptionis peremptoriæ, quæ fieri negatur actori per verba *convelli et relaxatio*, quæ de concessione absurde interpreteris. Ergo et prior de remissione dilatoriæ actori non de concessione reo facta. Resp. 1.° neg. consequentia. Similia in promptu. 2.° Elegantior oppositio hoc modo quasi dicat Imperator: debitori sane ex miseratione dilationes et induciæ a nobis haud ægre indulgantur; creditori autem qui exceptione perpetua removetur, tantum abest ut unquam actionem efficacem concedamus, ut et ejusmodi petitionem fieri districte nolimus et prohibeamus. 3.° Non adeo quoque absurda eorum expositio Aniani ad *L.* 3. *C. Th. de divers. rescript.* Muratoria conceditur debitori; peremptoria non conceditur, si verbis extremis per ellipsio subaudias, ut integra sic constet oratio: nec præscriptionis peremptoriæ (subaudi *ope*) relaxatio (subaudi *debiti*), petatur; tametsi hoc durlusculum.

(7) Non enim decoctoribus et abusoribus qui bona sua obligurierant, sed qui fortunæ injuria illis exuti, ita subvenitur, Meland. *d. tit.* 102. Moll. 4. *Sem.* 7. *n.* 2. quos infelices debitores vocat *Nov.* 4. *et* 135. Ventura *de* Valeotiis *Parthenii Litigiosi Lib.* 2. *Cap.* 9. *n.* 23. belle Hering. *d. Cap.* 5. *n.* 104. *et seqq.* Et caussa gravioris jacturæ et calamitatis ex casu fortuito in precibus explicanda, post Rebuff. *de tit. dilat. Art.* 1. *Gl.* 1. *n.* 12. 47. *et* 51. A. Fab. *d. tit.* 9. *defin.* 20. *n.* 20. Pet. Matthæ. *ad Guid. Pap. Q.* 109. et quidem quæ post debitum contractum a decennio proximo citra culpam contigerit. Rebuff. *d. Gl.* 1. *n.* 64. *et seq.* Quare nec debitores ex caussa delicti hoc jure juvantur, cum paupertate digni sint, *L.* 31. *Depos.* aut saltem diploma generale ad hæc debita non extenditur per *L.* 4. §. *quanquam* 2. *D. Quod cum eo L.* 52. *de re judic.* Menoch. *Cap.* 283. *n.* 16. A. Fab. *d. def.* 20. *n.* 1. Anin. *supra d. Cap.* 69. Qui tamen contra statuit quando ratio rescripto expressa generalis, veluti inopiæ et egestatis, Quin et si simpliciter creditorum facta mentio eos quoque qui ex delicto petunt venire contendit pluribus Trentac. *d. Resol.* 1. *n.* 13. Sic nec prosunt induciæ ei qui debitum inficiat Tessaur. *d. Dec.* 386. *n.* 7. Trentac. *d. loc. n.* 8. nec judicio convicto. Vim enim sententiæ et judicati executionem non remorantur, Guid. Papæ *Decis.* 97. *ubi in annotat.* Matthæi et Ranchin. Trentac. *d. loc. n.* 21. Tessaur. *n.* 7. Knich. *n.* 462. A. Fab. *d. tit.* 9. *defin.* 4 quia rescriptum contra rem judicatam non valet, ut suo loco. Aliud si condemnatio spontanea, Tessaur. et Knich. *d. loc.* vel si obligatio judicati novata, Fab. *d. def.* 4. vid. tamen idem *Lib.* 1. *C. tit.* 12. *de divers. rescr. defin.* 16. Alia item ratio instrumenti guarentigiati, ut *infra N.* 10. Peti autem possunt et a Syndico Universitatis nomine, Ant. Fab. *d. t.* 9. *defin.* 18.

(8) Exponenda enim tum caussa jacturæ ut *N. præced.* tum ipsa difficultas solvendi. Quæ in longiori dilatione, ut quinquennii, clarioribus probationibus ostendenda; in breviori autem seu annali, juramento debitoris quod solvere nunc nequeat sufficit, nec contraria creditorum probatio hic auditur, Boer. *Decis.* 296. *n.* 1. Tessaur. *d. Decis.* 186. *n.* 5. Illic autem, etsi inauditis creditoribus indulgeri possit, postmodum tamen in im. et causa approbatione eos audiri oportet, A. Fab. *d. t.* 9. *defin.* 17. tum qualitas debiti, num ejusmodi sit quod inducias vel non recipit, vel in quo Principem facile indulgere probabile non est, vid. Meno. *d. C.* 203. *n.* 14. *et seqq.* Trentac. *d. Res.* 1. *n.* 11. *et seqq.* Hering. *d. Cap.* 5. *n.* 114. (quæ debita hujusmodi vid. *N. seqq.* 11.) tum tempus quo contractum est. Non enim si nuper admodum emit, exempli gratia, merces ab extero, inducias impetrare debet ne pretium solvat. Menoch. *d. loc. n.* 24. et Trentac. *n.* 17. *post. Rebuff. d. Gl.* 1. *n.* 5. A. Fab. *d. tit.* 9. *defin.* 20. *n.* 18. itemque an lis jam mota sit. Menoch. *d. loc. n.* 29. Denique prius diploma, si quod pro aliis debitis obtinuit; cujus si mentio nulla facta, posterius rescriptum subreptitium censetur, Meno. *d. loc. n.* 28. Trentac. *n.* 19. post Rebuff. *d. Gl.* 1. *n.* 30. A. Fab. *d. t.* 9. *defin.* 1. *n.* 1. Fraudibus itaque extorta talia rescripta non valent, *L.* 6. *C. Th. de div. rescript.* et subreptio ea vitiat, Surd. *Decis.* 307. *n.* 17.

(9) *L.* 45. §. 10. *de jure fisci.* Ut sub induciis his et datam possint creditores reparare pecuniam, et aliquatenus debitorum va-

possint unde solvant, neve (10) interim in carcerem ire aut bonis cedere cogantur. Re autem cognita, solent principes humanitatis caussa hujusmodi (11) dilationem concedere

leat respirare substantia Cassiodor. 2. *variar.* 38. meditaudo rationes solvendi, exigendoque debita quibus alii ipsis devincti sunt, Coler. *P.* 1. *n.* 14. Knich. *supra d. Cap.* 5. *n.* 456. Wehner. *d.* v. *Anstandbrieff.* Neque enim dum e debitoribus suis exiguut æquitate edicti *Quod quis juris in aliam etc.* repelluntur. Rebuff. *d. Gl.* 1. *n.* 9. A. Fab. *d. tit.* 9. *defin.* 19. Dissentire videntur Afflict. *Decis.* 66. *ibique in annot.* Cæs. Ursil. Quare nec impedito currit; ut si tempore rescripti in carcerem detrusus, non prius dimittatur quam de rescripti jure et causis judicetur, ac interim tempus indultum lapsum sit; quia creditoris facto prohibitus ne pecuniam conquireret, A. Fab. *d. defin.* 2. *n.* 3. *et seqq.*

(10) Nec in eo spatio quidquam de credita summa æstiment, postulaudum, Cassiod. *d. C.* 38. In idemque tempus differtur exactio usurarum, non autem earum cursus sistitur. Nec ulla interim exsequendi facultas in personam vel bona, Surd. *Dec.* 301. Boer. *Dec.* 296. *n.* 5. Ant. Fab. *d. t.* 9. *def.* 2. Ut et vis instrumenti vim judicati alias habentis vulgo guarentigiati suspendatur. Cujus in hoc alia quam sententiæ, vid. *supra N.* 7. ratio: tum quia debitor creditorem litibus non frustratus est, Tessaur. *d. Decis.* 186. *n.* 7. tum quia privata utilitas, non publica auctoritas vertitur, A. Fab. *d. t.* 9. *defin.* 5. tum quia, addo, hæc vis instrumenti non est ex jure communi, nec tantæ rationi naturali, ut sententiæ vis innititur, facilius ei derogari potest. Falsum itaque non est quod Knich. *d. Cap.* 5. *n.* 463. vult sereniss. principibus nostris idem ab his induciis temperandum, ne notam ludicram suæ constitutioni aspergant. Quare nec bona sequestrata vendi possunt. Surd. *de Decis.* 301. Et quicquid contra inducias attentatum revocatur, etsi de rescripti jure lis pendeat, A. Fab. *d. t.* 9. *def.* 2. *n.* 1. ac si in carcerem detrusus debitor, eximi debet; si bona pignori capta, restitui. *Idem defin.* 14. Jure tamen Saxonum exactioni operarum a debitore post inducias locum esse traditur, *diff. jur. Civ. et Sax.* 30. *p.* 2. *n.* 10. Coler. *P.* 1. *Cap.* 9. *n.* 29. Compensatio autem non impeditur, nec executio ea quæ fit ad compensandum, A. Fab. *Defin.* 13. Et hæc in creditis ante contractis obtinent. Quantumvis enim generalibus induciis creditores qui postea contraxerunt non continentur, argum. *L.* 28. §. 2. *de lib. leg. Clem. ult. de rescript.* Rebuff. *d. Gl.* 2. *n.* 18. Guid. Pap. *Decis.* 109. *n.* 1. ubi Ranchin. et Matthæ. A. Fab. *d. tit.* 9. *defin.* 16. ubi satis esse, si post datum diploma, etsi ante oblatum et exhibitum, quia nec de his tempore concessionis cogitatum, Faber. *d. loc.*

(11) Et annalem sane facilius, quinquennalem autem, non nisi ex urgentissima caussa et certa principis scientia concedi notat Tessaur. *d. Decis.* 186. *n.* 5. *per L.* 45. §. 10. *de jure fisci*, add. Knich. *d. Cap.* 5. *n.* 456. Ant. Fab. 25. *Err. Prag.* 3. *eman.*

Versatur autem hæc caussæ cognitio in sequentibus. Nam ut vel denegetur beneficium vel generaliter ac indefinite indultum non proficiat debitori efficitur VEL EX PERSONA DEBITORIS cui negatur, aut datum non prodest beneficium si vel indignus; ut si decoctor, debitumve negaverit, *supra N.* 7. item si fugæ se accingat. Surd. *Decis.* 307. *n.* 19. vel facto suo sibi ademit, si eandem dilationem antea obtinuit, ejusque tempus exiit, etsi ea nec usus fuerit, quia iterum non petenda, arg. *L. ult. de feriis et d. tit.* Ant. Fab. *d. tit.* 9. *defin.* 1. Item si jurato si renunciavit expresse, recte Tessaur. *d. Decis.* 186. *n.* 8. Trentac. *d. Res.* 1. *n.* 24. etsi contradicant Muller. 4. *et Semestr.* 6. *n.* 1. quia, ait, in quovis juramento auctoritas superioris excepta intelligitur. Recte, inquam, *intelligitur* in dubio. Hic autem ubi expresse, res clara. Deinde non hic auctoritas superioris quicquam minuitur, sed damnum privati vertitur. Quod si ipsi obligationi firmandæ jusjurandum accesserit, quanvis hic plerique Principi sæculari jus concedendi inducias denegent quia religionem jurisjurandi solvere nequeat; Præsuli autem romano soli relinquunt, qui concedendo, una pro potestate sua solvere videatur, ut DD. quos citat Tessaur. *d. loc. n.* 4. *et* 5. Trentac. *d. Res.* 1. *n.* 12. qui eos sequitur, ut et Menoch. *C.* 203. *n.* 14. et seq. Boer. *Decis.* 296. *n.* 5. Knich. *d. Cap.* 5. *n.* 460. excipiens, nisi subjecta clausula; juramento non obstante. Verius tamen puto hoc immo Principi licere. Quomodo recte Tessaur. *d. lo. n.* 6. consuetudinem qua id licet Principi consonam esse sacris litteris, virtuteque juramenti non impediri ordinariam Principis potestatem. Quod si ita est; et jure communi, vi potestatis suæ idem Principi licebit, neque a consuetudine quidquam emendicare cogetur. Confer Asin. *de Exsec.* §. 9. *Cap.* 165. *fol.* 747. Henning. Arumæ. *Lib.* 2. *de Jure majest. Cap.* 6. *n.* 8. et 9. Plane nec ipse Pontifex in dubio actui jurato derogare censetur, *Cap. constitutus* 19. *de rescript.* Coler. *P.* 1. *C.* 4. *n.* 16. et citati a Moll. *d. C.* 6. *n.* 2. Quare nec generales induciæ debita jurata complectuntur, nisi facta sit mentio juramenti, sive in ipso rescripto, Lanc. Conrad. *supra d. lo. n.* 7. Knich. *d. loc. n.* 461. sive saltem in precibus impetrantis; ut ita hic non tam potestas quam voluntas Principis deficiat, cum non exposita qualitate debitorum, rescriptum subreptitium sit, ut *supra N.* 8. Nam et si jurisjurandi meminerit reus, Princeps haud proclivior creditur ad indulgendum moratorium rescriptum, nisi ubi summa solvendi difficultas aut impossibilitas. Neque enim si tunc inhumanitate creditoris, qui fortunæ magis quam suo vitio eo inopiæ pervenit (ponendi enim termini habiles vid. *supra N.* 7. *initio*) carceri includatur, eo magis jurejurando de solvendo certa die satisfit. Quin nec perjurus qui constituto die non solvit, si ob paupertatem solvere non valeat, ut post

quantam res et fortuna cujusque postulare videbitur, atque hoc modo permittere præscriptionem quæ, ut dixi, moratoria nominatur: ad eamque impetrandam jubetur aditus supplicanti pandi in *d. L. 2. C. de prec. Imp. off.* Dicta præscriptio moratoria, quia pertinet ad (12) morandam, idest remorandam exactionem creditorum, seu ad moram injiciendam eorum petitioni.

IV. Quæ legitimæ sunt et jure ipso tribuuntur dilatoriæ exceptiones, duarum caussarum nascuntur ex aliqua, unde et to-

plures Fr. Viv. *Decis.* 38. *n.* 3. Et summa difficultas excusat a perjurio ex crebriore DD. opin. teste Covar. *ad Cap. quamvis 2 de pact. in 6. P.* 2. §. 5. *n.* 4. adeo ut etsi dum juravit notitiam habuerit ejus difficultatis non fiat perjurus; sed jusjurandum ipsum temerarium, Covar. *ibid.* Cæterum si nec obligationi aut solutioni jusjurandum adjectum, sed et renunciatio simplex non jurata accesserit; licet et tunc Coler. *P.* 1. *Cap.* 10. *n.* 229. inducias non admittere videatur, arg. *L.* 2. *C. de Us. rei judic.* et quia cum renunciatione beneficia juris communis tollantur, per vulgo facilius quæ juris specialis; id tamen alii declarant, si scilicet renunciationis in rescripto mentio non fiat. Trentac. *d. Resol.* 1. *n.* 24. Ant. Fab. *d. tit.* 9. *defin.* 20. *n.* 15. Idem puto si precibus suis renunciasse se antea induciis eas impetrans retulerit, Nisi forsan verius nec valere hanc renunciationem, maxime non juratam, arg. eorum quæ de renunciatione cessionis bonorum haud gregarii interpretes tradunt; quo de forsan lib. 27. quædam subnotabo. CREDITORIS, si vel onus moræ ferre nequeat, Moller. 4. *Semestr.* 6. *n.* 2. ubi alias ejus jus non tam differretur quam everteretur, ut si æque inops vel pauperior, Afflict. *Decis.* 377. Rebuff. *d. Gl.* 1. *n.* 24. Ant. Fab. *d. tit.* 9. *defin.* 29. *n.* 7. Tessaur. *d. Decis.* 186. *n.* 7. si mercenarius vel operarius qui ex mercede operæ suæ se suosque sustentat, Rebuff. *d. Gl.* 1. *n.* 26. Moller. *d. n.* 2. Matth. Steph. 2. *de Jurisdict. P.* 1. *Cap.* 1. *membr.* 2. *n.* 248. vel aliud ipsi ex persona sua privilegium, ut si fiscus vel princeps, ita DD. per *L.* 3. *C. de precibus imp.* Boer. *Decis.* 296. *n.* 5. Ant. Fab. *d. defin.* 20. *n.* 9. qui absolute usum induciarum hic nullum esse scribit, Menoch. *Cap.* 203. *n.* 16. et Trentac. *d. Resol.* 1. *n.* 14. Chassanæ. *Catal. gloriæ mundi*, *p.* 5. *consid.* 24. *n.* 199. *per Nov.* 17. *Cap.* 7. §. 1. qui generalibus induciis non contineri. Certe usum in his esse induciarum contra Ant. Fab. *d. loc.* aperte probat *L.* 45. §. *ult. de jur. fisci.* Et sane nihil magis principem decet, quam humanitas et miseratio. Si Ecclesia vel piæ caussæ. Et hic Principis potestati nihil tribuunt, post Rebuff. *d. Gl.* 1. n. 32. Menoch. *d. loc. n.* 20. Trentac. *n.* 16. Ant. Fab. *d.* n. 9. quid, et quatenus hac parte bonis principibus liceat, nostrum non est definire; at nec laudatos auctores audemus hic erroris insimulare *eodem errore quo jus omne in Ecclesiasticis bonis Principibus auferunt.* Ac certe nullius magis est miseratione erga egenos affici, quam Ecclesiæ. Generalibus tamen induciis hæc debita excepta haud ægre largiendum. Quid enim, si ut usu sæpe venit, indignus impetraverit? Poterit Ecclesia, si de subreptione nolit aut non consultum putet, de privilegio suo replicare. Denique si pupillus, A. Fab. *d. loc. n.* 10. post Boer. *Decis.* 296. *n.* 6. qui et de minore id tradit; sed Menoch. *d. loc. n.* 23. generalibus quoque verbis pupillare debitum contineri sentit. Quod et, si alia requisita adsint, juxta ea quæ *supra N.* 7. et 8. humanius puto, præsertim si ipsi pupillo sit unde se exhibeat, nec ex dilatione grave dispendium. Tunc enim major merito favor egestatis quam ætatis. Vel ex conditione debiti, si privilegiatum sit, aut moram solutioni fieri non conveniat; ut in caussa depositi, etiam nummorum, per *L. pen. pr. ibi ; quam celerrime C. Depos.* Boer. *Decis.* 296. *n.* 4. Surd. *Decis.* 323. *n.* 7. Trentac. *d. Resol.* 1. *n.* 32. A. Fab. *d. loc, n.* 12. Et quia domino rem suam repetenti negari ea prætextu justo vix potest. Unde idem puto in caussa commodati et pignoris, soluto debito, saltem quoties res ipsa extat ejusque restitutio debetur. Item judicati, vid. *supra N.* 7. dotis et studiorum, Rebuff. *d. Gl.* 1. *n.* 34. A. Fab. *d. defin.* 20. *n.* 11. alimentorum, ex professo Surd, *Decis.* 323. Trentac. *d. Resol.* 1. *n.* 22. conductionis operarum, de quo paulo ante, et generaliter in pensionibus ex locationibus rerum quarum fructus conductor percipit, Menoch. *d. Cap.* 203. *n.* 18. Trentac. *d. Res.* 1. *n.* 15. Boer. *d. n.* 6. A. Fab. *d. def.* 20. *n.* 5. Item in venditione, si re tradita ad pretium agatur, arg. *L.* 50. *de act. em.* Ant. Fab. *d. t.* 9. *def.* 11. maxime autem eduliorum in foro rerum venalium facta ob necessarium eorum commercium, quia solutio in promptu fieri debet, *L.* 2. *de Nund.* Boer. *d. Decis.* 296. *n.* 6. (idem judicatum referens, etsi fide de pretio habita in creditum itum sit) Rebuff. *d. Gl.* 1. *n.* 45. A. Fab. *d. defin.* 11. n. 4. *et def.* 30. *n.* 13.

(12) Morari enim est cessare, *L.* 6. *de Usuf. leg. L.* 5. §. 1. *Ut L. num. cau. L.* 91. §. 1. *de V. O. L.* 7. *C. de his qui accus.* Virg. 4. *Æn.* et 12. *Æn.* Quomodo moratoria cautio, *L.* 5. in *fi. de Censib.* cunctatio *L.* 7. §. 1. *de adm. tut.* ambages *L. ult. C. de compens.* Arumæ. *de Mora C.* 1. *n.* 5. et 6. post Tiraq. *de retr. lignag.* §. 4. *Gl.* 3. *n.* 4. Interpretes nostri vocant inducias DD. *supra* citati, passim Tessaur. *Decis.* 286. *n.* 1. notans a rusticis apte industries vocari. Et ita induciæ, in simili in §. *ult. Instit. de Exc. L. ult. C. Qui bon. ced.* Cassiod. *Lib.* 2. *variar. C.* 28. Quas et ab *indo*, id est in et otio derivari vult Christoph. Coler. *Parerg. Cap.* 21. rejecto etymo Agellii 1. *Noct.* 25. tanquam λήθολογίαν non etymologiam resipiente. Græci ὑπερημερίαν nuncupant, Hering. *de fidejuss. Cap.* 5. *n.* 145. Ac ejusmodi diploma nostris litteræ salvi conductus, Menoch. *Cap.* 203. *n.* 14. *et seqq.* Trentac. 3. *Pract. Resol. tit. de Sol. Resol.* 1. *pas-*

tidem genera earum. Aut enim comparatæ sunt adversus (13) perversam actionis institutionem, nascunturque ex eo, quod non secundum judiciorum formam et ordinem actio instituitur; aut sunt adversus inhumanam solidi petitionem, nascunturque ex eo, quod solidum petitur ab iis quibus solidi condemnatio, pietatis humanitatisve jure ad tempus remittitur. Prius ergo hic genus est perversæ judicii institutionis. Id ejusmodi est ut, quocunque modo, quacunque in re pervertitur forma aut ordo judiciorum, illinc tamdiu exceptio sit judicii in totum recusandi caussa. Pervertitur hic ordo aut in personis ad judicium pertinentibus, aut in genere actionis, aut in ordine actionis exercendæ. In personis ad judicium pertinentibus, puta actoris, rei, magistratus, judicis. Actoris et rei, (14) cum is agit aut defensioni se offert, quem non oportet; de quibus diximus supra suo loco. Atque hoc in genere præcipuæ celebrantur quæ dicuntur procuratoriæ (15) exceptiones, cum is agit aut defensionem suscipit alieno nomine qui idoneus procurator vel defensor non est, aut non ita satisdat ut eum ex edicto oportet; quod jus ex argumento de procuratoribus sumendum est. Harum exceptionum frequens mentio in libris nostris, numeranturque eædem inter dilatorias exceptiones, ut in *L.* 2. in fi. *L.* 3. *D. de except. L. in exceptionibus*, §. *pen. D. de prob.* §. *pen. Inst. de exc.* Ex persona magistratus idem accidit cum apud eum agitur, cujus de ea re de qua agitur non est jurisdictio; puta non hoc loco, non in hac caussa, non inter has personas. Ex persona judicis, cum is judex datur qui non est idoneus, aut per se, aut in hac caussa judex. Et de his in jurisdictione et notione omnium judicum diximus. Ex hoc genere sunt quæ dicuntur (16) præscriptiones fori, quarum mentio est in *L. ult. C. de*

*sim;* item Gratiæ, Asin. *de Exser.* §. 6. *Cap.* 69. *et seq.* et Securitatis, Jo. Petr. Surd. *Decis.* 301. *et* 307. Nostratibus Austandbrieff. Gail. 2. *Obs.* 46. *n.* 14. Wehmer. *Obs. pract. de V. S. verbo Austandbrieff*, Knich. *supra d. Cap.* 5. *n.* 452. Hering. *d. Cap.* 5. *n.* 101. Unde debitores dicuntur *Gisern vuerden.* Hering. *ibid. n.* 102. Ventura de Valentiis *Parthenii Litigiosi lib.* 2. *C.* 9. *n.* 22. Gallis, Lettres de respit, Litteræ respirationis. A. Fab. *Cod. suo h. t. defin.* 2. *et* 11. *et* 25. *Err. prag.* 1. Jac. Ferrer. *ad. Guid. Pap. Q.* 97.

(13) Vulgo tria genera sic statuunt, quod aliæ respiciant judicem, aliæ litigantium personas, aliæ libellum vel caussam ipsam. Maranta *P.* 6. *memb.* 9. *n.* 1. Asin. §. 13. *C.* 1. *n.* 13. *et seqq.* Sigis. Scaccia *Lib.* 1. *de judic. civil. Cap.* 101. *n.* 6. *et seqq.* Et quæ judicem respiciunt vel ejus personæ opponuntur, eo tendentes ut judicium declinetur, vel ejusdem facto, ut differatur judicium; Exceptio loci non tuti, inhonesti, termini angusti, feriarum, Zang. *de Exc. in Proœm. partis* 2.

(14) Et quæ personæ actoris objicitur, aut ob incapacitatem, vulgo exceptio legitimationis personæ, Marant. *d. memb.* 9. *n.* 3. Scaccia *d. Cap.* 101. *n.* 31. Asin. *d. C.* 1. *n.* 14. Zang. *P.* 2. *Cap.* 8. item inhabilitatis. Quæ tamen non proprie exceptio videtur sed intentionis quæ ipso jure actionem non competere arguit. Aut ob factum vel delictum. Exceptio non impetratæ veniæ et contumaciæ, de quibus Zang. *P.* 2. *Cap.* 9. et nos *Lib. seq.* Quo et referri posset exceptio subreptionis, de qua *infra N.* 17. Quæ ex persona rei ducitur, itidem aut negat judicium consistere, quæ est intentionis nec proprie exceptio, si jure conveniri nequeat, ut *supra Lib.* 17. *Cap.* 5. Aut idem declinat, ut exceptio revocandi domum, quæ est legatis *supra Lib.* 17. *C.* 13. item, quæ aliis ut a suo et ordinario quidem eo judice vel ad Principem, vel ad alium proprium judicem ex privilegio revocare queant, de quibus *supra Lib.* 17. *C.* 20. Hic enim ni exceperit reus, judicium consistit, cum non necesse habeat ejus judicis quem ex privilegio habet cognitionem pati; sed privilegio renunciare queat, *supra Lib.* 17. *C.* 10. *n.* 5. Illic constitui plane nequit ex. gr. si servus pro libero habitus lite pulsatus sit, quandocunque, etiam post sententiam servum esse constiterit, judicium nullum fuisse apparet.

(15) Ubi veræ sunt exceptiones quæ personis objiciuntur, quibus an mandatum habeant non disquiritur, ut *Lib.* 18. *C.* 11. *n.* 17. Quæ dicuntur de apicibus juris *supra Lib.* 13. *C.* 13. *n.* 18: nec iis locus in foro mercatorum, Foller. *ad Marant. P.* 6. *memb.* 9. *n.* 54. Ast quæ ex defectu aut vitio mandati, vulgo exceptiones falsi procuratoris, item legitimationis, Foll. *d. loc. n.* 55. exceptiones proprie non sunt, cum actio deficiat nec judicium consistere possit, ut *supra Lib.* 18. *Cap.* 12. *n.* 5. *N.* 6. Tametsi ibidem exceptionem dilatoriam vocavi, latiori scilicet sensu quo omnis defensio rei exceptio, quoque vulgo exceptiones intentionis usurpantur ut *supra C.* 1. *N.* 4. Est enim ex iis exceptionibus intentionis, quæ dilatoriis, non quæ peremptoriis affinis, vid. *not. supra Lib.* 24. *C.* 2. Etsi stricte nec peremptoria sit nec dilatoria, cum a quo genus removetur, ab eodem etiam ejusdem species.

(16) Quæ duplicis incompetentiæ et recusationis, Marant. *d. Membr.* 9. *n.* 1. Scaccia *Lib.* 1. *de judic. causs. civ. etc. Cap.* 101. *n.* 6. Vult. ad *L.* 4. *C. de jurisdict. n* 18. Asin. *Praxi* §. 13. *Cap.* 8. vid. et Gœd. *de Sequestrat. Cap.* 1. *n.* 14. *et seqq.* Wurmser. *tit.* 8. *Obs.* 2. Afflict. *Decis.* 74. *etc.* Atque ita tunc proprie exceptio cum, ea non opposita, jurisdictio, prorogatur vid. *supra Lib.* 17. *C.* 10. Nam quando proro-

*exc. L. pen.* in pr. *C. de pac.* sic dictæ, quod comparatæ sint defugiendi ejus fori et tribunalis caussa, in quo nunc res judicium ab actore vocatur. Ex genere actionis perperam instituitur actio, (17) cum ubi mitiore judicio agi debuit, puta non famoso, illic famoso agitur; veluti, si is cui decepto alia actio est juris sui persequendi caussa, agat de dolo; quod edictum vetat. *L. 1. D. de dolo;* aut si deceptus, deficientibus aliis remediis, hac actione utatur adversus parentem patronumve; quod et ipsum reverentia his debita prohibet, *L. non debet, D. eod.* In ordine judiciorum eadem perversio est, cum ea actione prius agitur qua majori et graviori caussæ (18) præjudicium fit, cui præjudicium fieri non oportet; de quo dicetur postea opportunius in ordine judicii: exstat de hoc ordine Titulus in *C. de ord. jud.* Hujus generis exceptiones illæ sunt quæ a Cicerone dicuntur translationes et judicii commutationes, *lib. 1. et 2. de Invent.* cum scilicet non is agit quem oportet; non cum eo cujus sit idonea defensio; non apud quem, non quo loco, qua actione, quo tempore, oportet. Recte traslationes et verbo apposito ad id significandum quod verbo continetur. Competunt enim hæ exceptiones judicii commu-

gari nequit, intentionis exceptio est, cum judicium nullum reddatur, Scaccia *d. Cap.* 101. *n.* 15. De qua accipienda est cautela Laufranci quam refert Rosbach. *t.* 40. *n.* 22. Itemque ubi judex is qui in totum hoc munere arcetur, ut *d. Lib.* 17. *C.* 24. His affinis ac fere earum species exceptio præventionis et litis pendentiæ, de quibus *supra Lib.* 17. *C.* 18. Efficiunt enim ut is judex ad quem nunc reus vocatur, incompetens censeatur, qui alias competens futurus.

(17) Sunt et aliæ dilatoriæ quæ caussam potius quam personas respiciunt: vel ex modo actionis institutæ, si in melius reformanda: exceptio libelli generalis, obscuri, etc. quæ tamen quandoque exceptio intentionis quando libellus plane ineptus, ut nec non opposita exceptione sustinentur, vid. *not. lib. seq. C.* 4. *N.* 9. ineptæ cumulationis, quoties ea subsistit, non cum objicitur, vid. Grevæ. *Conclus.* 63. *n.* 21. Sub et obreptionis quæ præscriptio mendaciorum dicitur *L.* 2. *C. Si contra jus vel util.* ubi falsum suggestum Principi aut verum tacitum; tametsi utrumque sine fraude et per ignorantiam quandoque fieri possit, Pfeil. *Cons.* 160. *n.* 75. *vol.* 1. Et hæc suspendit jurisdictionem judicis respectu meritorum caussæ, non autem ratione competentiæ vel incompetentiæ, Jo. Bapt. Leonell. *de subreptione rescript. Q.* 12. *Art.* 3. Tradunique vulgo per obreptionem fieri quod tacita veritate et celata conditione, per *L* 10. §. 2. *de in jus voc.* Per subreptionem autem quod per mendacium et falsum expressum. Quod probat A. Fab. *ad d. L.* 10. §. 2. et receptiorem opinionem esse testatur Menoch. *casu* 201. *n.* 9. reprobans tamen illam *ibid. n.* 10. Sed de materia hujus exceptionis pleniorem cognitionem expetens haurire potest ex iis quæ fuse tractant Menoch. *d. Cap.* 201. *et seqq. et Cap.* 314. Gail. 1. *Obs.* 14. Wesenb. *Cons.* 43. *n.* 26. *et seqq.* P. Frider. *Lib.* 1. *de Process. Cap.* 15. et *Lib.* 2. *Cap.* 15. Cels. Bargal. *Lib.* 3. *de dolo Cap.* 12. Zaug. *de Except. P.* 2. *Cap.* 17. Treutacinq. *Lib.* 1. *Pract. Resol. tit. de rescript. et privileg. resol.* 5. Jo. Bapt. Leonell. *d. Tr. de Subreptione rescriptorum.* Vel ex meritis actionis, cujus vim vel suspendunt; sive quod reo qu d ante præstandum. Exceptio s alii, *Cap. dilectus.* 2. *Cap. ult. Ext. de ord. cognit.* de qua Zang. *P.* 2. *Cap.* 18. Jac. Schulf. *Obs. forens.* 25. et 4. *seqq.* Cedendarum actionum, Zang. *P.* 2. *Cap.* 16. *n.* 27. *et seqq.* Hering. *de fidejuss. Cap.* 27. *P.* 3. *n.* 6. et 7. et jure Sax. exceptio Satisdationis et Guarandæ non præstitæ, Wesenb. *in complem. ad* Sneidvin. *Inst. h. t. n.* 4. Pretii non soluti vel implementi non secuti; de quo *supra Cap.* 6. *n.* 20. *et seqq.* Quam licet plerique laudati in *d. Cap.* 6. *N.* 10. peremptoriam, quidam etiam intentionis exceptionem doceant; verius tamen videtur dilatoriam esse. Soluto enim postea precio, merce tradita, non nova actio nascitur, nec antea exceptione objecta perempta renascitur, quod jus non sinit; sed vetus quæ antea fuit, efficax redditur. Ac licet sit species exceptionis doli generalis, ut Donel. *d. Cap.* 6. *n.* 21. vel quod magis est, cum exceptione doli generali concurrat, id tamen aliis quoque dilatoriis quæ solutionis dicuntur commune, ut ante diem pacti de non petendo intra certum tempus agatur; ut *L.* 2. §. *pen. de doli exc.* Talis quoque exceptio doli ad sumptus in rem servandos. Illis enim præstitis, tenet actio in solidum; sive quod alius prius excutiendus, exceptio Ordinis de qua supra *Lib.* 15. *Cap.* 49. *n.* 7. *et seqq.* Quæ dilatoria, A Fab. *C. suo h. t. defin.* 1. Scaccia *Lib.* 1. *de judic. causs. civ. Cap.* 101. *n.* 58. Zang. *P.* 2. *Cap.* 16. *n.* 10. Scholt. *Obs. forens.* 9. 1. *et* 2. Tametsi Gail. 2. *Obs.* 27. *n.* 6. eam exceptionem intentionis statuat. Vel minuunt. Quo referenda ex vulgari opinione exceptio divisionis *supra Cap.* 2. *N.* 4. item Inventarii, de qua *in not. Cap. præced. N.* 10. et illa de qua *h. C. N.* 20.

(18) Hinc *in Rub. D. h. t.* addita illa *et præjudiciis.* De quo tamen diverse sentiunt et præjudicia varie accipiunt et exponunt Duar. 2. *Disp.* 3. Corns. 2. *Misc.* Cujac. 5. *Obs.* 37. Robert. 1. *Sent* 13. Rav. 2. *de præjudic.* 11. *et seqq. et Lib.* 2. *C.* 6. ac passim Menoch. *Lib.* 1. *Præsumpt. Q.* 1. *n.* 14. *et seqq.* A. Massa Gales. *Praxi judiciali pag.* 49. *et seqq.* Vult. 1. *Disc.* 3. P. Frider. *Lib.* 3. *de contin. causs. Cap.* 10. *n.* 30. et add. *supra Lib.* 20. *Cap.* 8.

tandi, et in alias personas, alium locum, aliam actionem, aliudve tempus (19) transferendi caussa.

V. Posterius genus dilatoriarum exceptionum quas adversus solidi petitionem jure comparatas esse dixi, est earum personarum quibus pietatis aut humanitatis jure datum est ut conveniantur in id solum quod facere possunt; quo in numero sunt parentes, patronus, patrona, maritus in dotis exactione, socius, donator et alii nonnulli qui commemorantur in *L. sunt qui, et LL.* seqq. usque ad *L. sciendum, D. de re jud.* §. *pen. Inst. de act.* Quod genus beneficii, quia ad minuendam condemnationem pertinet eoque ad effectum rerum judicatarum, quale sit beneficium, quid contineat, quibus et quousque tribuatur, eo loco opportunius dicetur. Recte autem has exceptiones dilatorias esse dicimus; quoniam ita solidi petitionem excludunt in iis qui facere non possunt ut excludant per id tempus dumtaxat quo (20) facere non poterunt: qui si vel industria et opera vel aliena liberalitate facultatibus aucti facere posse cœperint, eodem beneficio atque hac exceptione uti posse desinunt, *L. unica,* §. *cum autem, C. de rei uxo. act.*

VI. Generibus exceptionum dilatoriarum cognitis, reliqua de his videamus. Fuit autem ex illis quatuor secundum, quod proxime quæratur, quam vim hæ exceptiones habeant ad excludendam actionem; quando omnis exceptio nihil nisi actionis exclusio est. Et vis ea est quam verbum ipsum indicat, ut non perpetuo actionem excludant, sed ut competant ad tempus, ita eo usque actionem differant, ejusque temporis solum dilationem tribuant, §. *temporales, Inst. de exc.* Solum videndum quodnam sit id tempus intra quod singulæ competant, post id tempus non noceant. Id superiora genera cognita, non difficile ipsa per se expedient. Quæ debitoris opera quæruntur dilatoriæ exceptiones, si ex conventione sunt, id tempus habent quod conventione comprehensum est; si ex beneficio principis, id habent (21) quod concessit principis indulgentia. Illud proprie in priore illa exceptione pacti temporalis servatur, ut non solum ante tempus pactione vel obligatione constitutum agere non liceat: sed etiam, si actum erit, pœna (22) hæc sit ut conduplicentur reo induciæ, et post eas finitas, non aliter suscipere cogatur quam si expensas omnes litis ante acceperit. Olim

(19) Ita et Cujac. 18. *Observ.* 34. Et has præscriptionibus 9, ponunt Rhetores vid. *not. supra C.* 1. *N.* 13.

(20) Et ita objecta effectum temporalem non perpetuum habet; ergo et per ea quæ *not. supra Cap.* 2. *N.* 13. Accedit quod si is cui hæc exceptio competit, per errorem solvit, non condicit, *L.* 8. *et seq. de cond. ind.* Et ita Azo *in Summa C. h. t. n.* 3. Zas. ad *L.* 2. §. *ultim.* junct. *L. seq. D. h. t. n.* 10. *et seq.* (ubi *n.* 12. quod post litem contestatam non solum, sed et post sententiam ei locus, ut *infra N.* 29. id non esse ex vi perimendi, sed quia proprie exsecutioni opponitur) Zang. *de Exc. P.* 2. *Cap.* 15. *n.* 5. *et* 6. Brouch. 2. *Misc.* 52. Arumæ. *Exerc. Inst.* 19. *Th.* 7. Diss. Bart. Cynus et alii referente Zang. *d. loc. n.* 2. ac Asin. *Praxi jud.* §. 13. *Cap.* 6. *n.* 3. qui partim vult esse peremptoriam, quatenus litis contestationem non impedit, partim dilatoriam qua non perpetuo, nec condictionem soluti efficit.

(21) Modicum autem tempus concedendum. Nam si dilatio 20. vel 30. annorum indulta, non valere eam, cum grave dispendium creditori inferret, tradunt Lancel. Conrad. *templo om. jud. Lib.* 1. *Cap.* 1. §. 4. *de præstant. et potentia Imp. v. debitor. dilationes indulget n.* 4. Trentac. *Lib.* 3. *Pract. Resol. tit. de Solut. Resol.* 1. *n.* 2. Plane quinquennales induciæ fere frequentatur. Neque ideo tamen ad hoc quinquennium coangustanda Principis potestas, quasi ulterius non valeat rescriptum, ut relati ab Hering. de *Fidej. Cap.* 5. *n.* 135. A. Fab. *C. suo Lib.* 1. *t.* 9. *defin.* 17. volens longiores inducias, nec pro ipso etiam quinquennio defendi; qui et hoc amplius nec quinquennales etiam Principi indulgere relinquit, citra assensum majoris partis creditorum, *d. tit.* 9. *defin.* 6. *defin.* 21. *n.* 5. *ac* 6. post Boer. *Decis.* 296. *n.* 3. Sed quodnam hic modicum Principi ex re definiendum, ut tamen quinquennium non facile excedat, quin nec sine gravissima caussa tantundem indulgeat, vid. Conrad. *d. loc. n.* 3. Trentac. *d. n.* 2. Sic apud Cassiodor. 2. *Variar.* 38. exemplum induciarum biennii. Computatur autem et currit hoc tempus a die emissi diplomatis, seu datæ ut vulgo, non ex die quo exhibetur, eove debitor utitur, Guid. Papæ *Q.* 109. ubi Ranchin. Trentac. *d. Resol.* 1. *n.* 27. Neque ex die quo de æquitate ejus cognitum, nisi nominatim id indultum, A. Fab. *d. tit.* 9 *defin.* 3. et nisi interim impeditus etc. ita ut *not. supra N.* 9.

(22) Et illud quidem prius lege duodecim tabularum cautum fuisse voluit Balduin. quem insectatur Cont. 2. *Subsec. Lect.* 20. *n.* 4. *et* 5. et Rævard. 3. *Var.* 14. Cujus pœnæ vestigia in libris nostris non pauca, de qua et in universum de pœna plus petitionis ac ratione duplicationis induciarum (quia exactius quævis persequi per modum instituti non licet) adeas Cujac. 7. *Obs.* 27. *et* 12. *Obs.* 21. Cont. Ræv. *dd. loc.* Briss. 4. *Antiq.* 10. P. Fab. ad *L.* 42. *de R. J.* Hot. 8. *Obs.* 3. Tessaur. *Decis.* 231. Coler. *Decis.* 265. Zang. *de Except. P.* 2. *C.* 10. Obrecht. *de concip. libell. Cap.* 19. Hering. *de Fidejuss. C.* 22. *n.* 21. *et seqq.*

qui ante agebat, neque eo judicio quidquam consequebatur propter exceptionem, neque post tempus agere poterat, quia rem temere in judicium deducendo caussa cadebat et rem amittebat, §. *temporales*, §. *hodie*, *Inst. de exc.* §. *si quis agens*, *Inst. de act.* Quæ secundi generis sunt dilatoriæ exceptiones; cum unam hanc caussam habeant, quod perperam et contra judiciorum formam agitur; nempe tandiu obstant quandiu perperam agitur, commutato vitio institutionis, et actione in rectam formam translata, simul etiam eas desinere necesse est. Tertium genus quod est earum quæ sunt adversus solidi petitionem, quod tempus habet jam supra ostendi. Nam quæ humanitatis caussa ita tribuuntur ne quis, qui alioqui solidum debet, conveniatur ultra quam facere potest, etiam eas tandiu competere oportet quandiu qui convenitur facere non poterit. Post, ubi cœperit posse facere, simul eveniet ut caussa sublata desinant.

VII. Tertium quæritur de his generibus quod ad jus personarum in his exercendis pertinet, ad quos scilicet hæ exceptiones pertineant, ut sit qui his pro suo jure recte utatur. In quo quæritur, quibus et adversus quos competant. De quo in singulis generibus superioribus non una præceptio est. Primi generis exceptiones esse diximus duas, pacti conventi temporalis unam, et præscriptionem moratoriam alteram. De priore ita definiemus, quibus et adversus quos exceptionem pacti conventi peremptoriam competere diximus, iisdem et adversus eosdem hanc (23) pacti conventi temporalem competere intra tempora conventione præfinita; scilicet quia utraque pro eo tempore intra quod competunt, ejusdem generis et potestatis sunt. Conventionem enim eandem habent ne interim agatur, et ambæ pariter caussæ cohærent, utpote pacti interpositi caussa constitutæ, non personæ. Quapropter hæc quoque pacti conventi dilatoria, ut paciscenti reo competit, ita competet et paciscentis heredibus quive in rem successerunt, item et fidejussoribus omnibusque principalis obligationis accessionibus intra sua tempora. Et rursum quemadmodum competit adversus eum qui pactus est, ita competet adversus successorem omnem qui in re de qua pactum interpositum est eadem actione utetur intra tempus constitutum; ut, si quis convenerit ne de fundo ageret intra quinquennium, et interim fundum vendiderit, emptor intra idem tempus vindicans eadem exceptione summovebitur. Non eadem caussa est moratoriæ præscriptionis. Hæc datur quidem adversus omnes creditores debitoris, sive principales creditores sint, sive ii qui ab his actionem acceperint; nam adversus omnes vult princeps tutum esse debitorem. Sed soli debitori competit, cui beneficio principis tributa est: ad heredes, aut fidejussores debitoris (24) non pertinet. Quippe ut cætera beneficia principis, quæ certæ personæ

(23) Et sicuti pactum majoris partis creditorum partem certam creditori remittens aliis nocet, ut *supra d. Cap.* 4. *N.* 20. ita et inducias iisdem indulgens, de quo *L. ult. C. Qui bon. ced.* Quas inducias nonnulli nostrorum cum illis quas Princeps ad preces debitorum indulget, de quibus *h. C. N.* 21. *et præced. N.* 4. *et duob. seqq.* haud levi errore confundunt. Quidam nec hic quinquennium excedi posse reutur per *d. L. ult.* Moll. 4. *Semestr.* 6. *n.* 6. Et rescriptum una Principis requiri, A. Fab. *dd. loc. et citati supra N.* 5. Etsi contra Trentacinq. ut ibid. Cui, licet suffragari hæc ratio videatur, quod uti in remissione partis crediti, *L.* 7. §. *ult. de pact.* prætoris partes solum necessariæ, ubi gravius reliquis dispendium quibus pars crediti aufertur, ita et hic sufficere debeant ejusdem partes, ubi solum dilatio. Attamen *d. L. ult. pr.* necessitatem adeundi Principem imposuit, dum *solito more* id a se peti Imperator memorat. Num autem omnes creditores ad hoc convenire aut citari oporteat, et quomodo consentire debeant, expedit Trent. *Lib.* 3. *Pract. Res. tit. de Solut. Resol.* 2. *n.* 6. *et seqq.* Etsi autem pacto illo de parte debiti jus hypothecæ non minuitur, ut *d. C.* 4. *n.* 20. tamen hic nulla inter hypothecarios et alios differentia *d. L. ult. circa fin.* cum hæc dilatio ipsum jus crediti non interimat. Octav. Simoncell. *de decret. in contract. min. in præf. n.* 113 Meland. *Comm. Cameral. P.* 2. *ti.* 102. Trentac. *d. Res.* 2. *n.* 3. Quin nec caussam dotis hic exceptam esse vult post alios Turamin. *ad L.* 10. *de Jure fisci P.* 1. *C.* 1. *n.* 31. et Trentac. *d. Resol.* 2. *n.* 16. Exceptas tamen pensiones ædium et pretia eduliorum statuit idem *d. Resol.* 1. *n.* 15. Quin in debitis juratis. Ad hæc *d. L. ult.* non pertinere, neque creditoribus hic consensum aliorum nocere vulgo proditum est. Trentac. *d. Res.* 1. *n.* 12. Simoncell. *d. n.* 113. Menoch. *Cap.* 203. *n.* 15. (nisi, ait, absolutio juramenti prius petita ab Episcopo) Coler. *P.* 1. *C.* 4. *n.* 16. Matth. Steph. *de Jurisd. Lib.* 2. *P.* 1. *C.* 7. *n.* 396. Confer *hac N.* 11. Plane creditores, qui postea contraxerunt non contineri expeditius est, cum consentire non potuerint, A. Fab. *C. sua Lib.* 1. *tit.* 9. *defin.* 6. Fidejussoribus autem tale pactum prodesse censeo, tum ne interim per eorum latus ipse paciscens petatur, tum quia hoc pacto pignoris, quæ cautio pinguior, *L. plus cautionis* 25. *de R. J.* effectus suspenditur. Confer *N. seq.*

(24) Consentit quoad heredes post Caravi-

vel ob meritum, vel miserationis aut gratiæ caussa tribuuntur, personalia sunt nec egrediuntur personam, *L.* 1. *D. de const. prin*, ita et hæc exceptio quæ ejusdem beneficii permissio est. Scimus autem exceptiones et beneficia personalia ad heredes aut fidejussores non transire, *L. maritum, L. quin. seq. D. sol. mat.* Reliquorum generum duorum expedita in hac parte ratio est. Quæ exceptiones sunt adversus perversam actionis institutionem, necesse est omnibus competant adversus quos hæc perversa institutio est, sive sint principales rei, sive successores aut accessiones. Nec potest quin competant adversus omnes qui perperam agunt; sed nec aliis competere ex hac caussa possunt, nec adversus alios. Quæ autem sunt adversus solidi petitionem exceptiones, et ipsæ se ostendunt quibus et adversus quos competant. Cum enim tribuantur iis personis quibus pietas aut reverentia aut peculiare aliquod humanitatis officium debetur; res declarat non posse eas competere nisi iis quibus ista debentur, nec adversus alios quam qui hæc debent. Ideo personales esse has exceptiones quæ ad heredes aut fidejussores quibus eadem non debentur, non pertineant, *d. L. maritum, L. quia, D. sol. mat.*

VIII. Reliquum est de harum exceptionum usu breviter cognoscamus. Est autem hic in exceptionibus primi et secundi generis superioribus, ut inter exordia litis, idest simul atque lis moveri cœpta est, et ante (25) litem contestatam eas opponi oporteat: his

tam Trent. 3. *pract. Res. tit. de Solut. Resol.* 1. *n* 29. Quod ad fidejussores autem DD. incertos rem certare cernimus. Ac licet Ott. Melaud. *Comm. Camerat. P.* 2. *tit.* 101. ac Matth. Steph. *Lib.* 2. *de jurisdict. P.* 1. *Cap.* 7. *n.* 394. regulam affirmativam constituant, quod fidejussoribus prosit, ne per eorum latus principalis pulsetur, ac per indirectum beneficio principali fraudetur. Quo facit quod tradi solet dispositionem ad personam restrictam extendi, quando alias persona ista non frueretur ea, *Gl. in L. ult. C. de mun. et honor. non contin. Lib.* 10. Surd. *Decis.* 301. *n.* 7 hinc inferens sequestro actionis depositi convento hanc exceptionem dari. Crebriores tamen alii cum nostro regulam negativam habent, Rebuff. *de lit. dilator. Art.* 1. *Gl.* 1. *n.* 42. Menoch. *Arb. Ca.* 203. *n.* 26. Ant. Fab. *Cod. sui Lib.* 1. *tit.* 9. *defin.* 14. *n.* 2. Asin. *de Exsec.* §. 6. *Cap.* 70. Trentacinq. 3. *Pract. Resol. tit. de Solut. Resol.* 1. *n.* 25. post Bart. Bald. Dyn. Salic. et Caravitam quos citant, et Hering. *de Fidejuss. Cap.* 27. *P.* 5. *n.* 77. Quod et confirmat Coler. *P.* 1. *Cap.* 4. *n.* 17. et 18. *per* §. *ult. Inst. de replicat. in fin. L.* 1. §. 8. *de O. et A. L.* 12. *judic. solvi.* Verum hujus juris tum exceptiones traduntur. 1.° Nisi in rescripto fidejussorum mentio, Ant. Fab. *d. t. defin.* 34. Hering. *d. n.* 77. aut saltem in precibus impetrantis, si et pro illorum quoque persona rescriptum petitum, Menoch. *d. n.* 26. 2.° Nisi dilatio motu Principis proprio concessa, post Rebuff. et Cucch. Hering. *d. P.* 5. *n.* 79. Tum evitandi cautiones duæ. Una, opposita exceptione ordinis vel cedendarum actionum, quia tunc principalia nec excuti, nec jura cedi possint, Asin. et Trentacinq. *dd. loc.* Altera, lite denunciata principali ut comparant ad defensionem fidejussoris et ex sua persona præscriptionem moratoriam objiciat, Asin. et Trentac. *dd. loc.* Surd. *Decis.* 301. *n.* 16. Coler. *d. Cap.* 4. *n.* 20. Hering. *d. loc. n.* 78. Neutri tamen cautioni locus, si vel induciæ generales contra omnes creditores indultæ, quia tunc nihil interest rei ne a fidejussoribus interim exigatur; nam durantibus induciis etiam contra hos tutus est, si actione mandati solutum repetant. Asin. et Trentac. *ibid.* Vel exceptione ordinis seu excussionis renunciatum, idem *d. lo.* et Coler. *d. Cap.* 4. *n.* 18. *et n.* 21. *et Cap.* 10. *n.* 337. Ubi *d. n.* 21. *in fin.* testatur se plures ita consuluisse et obtinuisse.

(25) In ipso limine quæstionis, ut Sym. Mach. 1. *Epist.* Cujac. 9. *Obs.* 23. *et* 18. *Obs.* 34. De quo inter omnes convenit quoad dilatorias judicii quæ dicuntur, Maranta *p.* 6. *membr.* 9. *n.* 7. et 8. Sich. *ad L.* 19. *C. de probat. n.* 9. Menoch. *arb. C.* 240. *n.* 1. Vult. *Inst. h. t. n.* 23. Vigel. *meth. jur. Contr. Cap.* 7. *reg.* 22. Muller. *ad Nov. Sax.* 3. *P.* 1. *n.* Jo. Bapt. Asin. plures ad hoc confertim citans *Praxi judic.* §. 13. *et* 1. *n.* 18. ut et longa serie alios laudat Jac. Schult. *Observ. forens.* 9. *n.* 3. adeo ut advocatus ex hac caussa libra auri mulctetur, *L. pen. C. h. t.* Et quod sola litis contestatio his viam præcludat docet Zang. *de Exc. P.* 2. *Cap. ult. n.* 3. quæ veluti limes ac terminus earum, ut Sich. *ad L.* 13. *C. de Procur. n.* 2. Quin et posse statim post litem contestatam opponi vult post Innocent. Tiraq. *de retr. convent.* §. 1. *Gl.* 5. *n.* 4. et Sich. *ad L.* 13. *C. de Procur. n.* 7. post plures Asin. *praxi* §. 13. *Cap.* 2. *limit.* 9. *Conclusione* 3. quia quæ statim post actum fiunt, in ipso facta videntur, quod pluribus exemplis fuse, pro mora, comprobat Tiraq. *d. Gl.* 5. *tota.* Id tamen ne hic recipiatur natura rei, jure scilicet ita constituto, impedimento est arg. *L.* 16. *de furt.* Contestando enim litem pure, judicium subit reus, quod si se declinare una dicat, pugnantia loquitur. Enimvero DD. vulgo exceptiones contra jurisdictionem judicis, veluti incompetentiæ et recusationis suspecti, non solum ante litem contestatam, sed et antequam ullæ aliæ dilatoriæ opponantur, proferendas censent. Quia, quæcunque alia prius objecta, videtur peti judex ut de jure ejusdem cognoscat. Proinde eo ipso in judicem consensit reus, ejusque vel jurisdictionem prorogavit, Damhuder. *praxi civ. Cap.* 140. *n.* 4. *et* 

prætermissis si agi cœptum est, idest lis contestata, amplius reus his uti non potest et propter judicium cœptum defugere: generalis hæc definitio est tradita in *L. pen. L.*

competens, vel personam approbavit, si ejerari potuit, Maranta *d. memb.* 9. *n.* 9. Sich. *ad L.* 13. *C. de Procur. n.* 20. Sigis. Scaccia *Lib.* 1. *de Judic. causs. civ. etc. Cap.* 101. *n.* 8. *et seqq.* Menoch. *Pract. p.* 5. §. 6. *C.* 3. *n.* 6. Wesenb. *in Complem. ad* Sueidvin. *Inst. h. t. n.* 9. Myns. 4. *Obs.* 27. *et* 59. Speckhan. *cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 3. *n.* 2. ubi nec post recusationem oppositam, exceptionem incompetentiæ audiri vult, eo quod ipsa recusatione agnoverit judicem suum esse et competentem. Confer *supra Lib.* 17. *Cap.* 10. *n.* 6. *ac Cap.* 25. *n.* 8. Utut sit, judicio accepto, exceptionibus dilatoriis judicii generaliter renunciatum videtur, ut nec deinde in appellatione admittantur, *L.* 13. *C. de Procur. Cap. cum caussam* 62. *de appell.* Zang. *de Excep. P.* 2. *Cap. ult. n.* 4. et 5. Jac. Schult. *Obs. forens.* 9. *n.* 7. Asin. *Praxi* §. 13. *Cap.* 2. *amp.* 1. aliquot modis restringens, de quo suo loco. Et si post eas objectas judex litem contestari jubeat, eo ipso rejicere videtur, ut not. DD. ad *L.* 4. *C. de collat.* Ant. Fab. *C. suo h. t. defin.* 1. *n.* 6. Et quod rejecta intelligatur, cum judex ad ulteriora processit, nec adjecta clausula salvo exceptionis jure; quodque qui exceptionem talem initio opposuit, si postea litem contestatus sine protestatione, eandem amiserit, tradit idem Faber *d. t. defin.* 29. quodque ei renunciasse censeatur, si litigare perrexerit, Scaccia *d. C.* 101. *n.* 19. Et quando judex ulterius procedendo de hac exceptione pronunciare eamve rejicere censeatur, vid. Cacheran. *Decis.* 142. *n.* 39. Menoch. 2. *Præsumpt.* 64. Ant. Gabr. *Rom. Comm. Concl. Lib.* 2. *tit. de Except. Concl.* 1. Vant. *de de Nullit. tit. ult. n.* 9. Asin. *Praxi* §. 18. *Cap.* 6. Ac in specie de declinatoria judicis, quod procedendo is tacite se competentem pronunciet, itaque necessaria sit reo appellatio ni subire jurisdictionem ejus velit, ex communi statuit Scaccia *d. Cap.* 101. *n.* 17. *et* 18. et probat Lanc. Conrad. *de offic. Prætor. in causs. civil. v. Exceptio n.* 5. Quas autem dilatorias Princeps rejicere possit, iisque remotis caussam committere, vid. Pinell. *ad Rub. C. de resc. vend. P.* 1. *Cap.* 2. *n.* 23. Zang. *d. Cap. ult. n.* 18. *et seq.* Et quæ a judice arbitrium habente insuper haberi queant, Menoch. *Arb. Q.* 51. Plane in caussis summarii processus libellum non requirentibus, in primo termino vel actu judiciario opponendæ sunt, Coler. *de Process. P.* 4. *Cap.* 1. *n.* 66. Sed et in ordinariis judex terminum opponendis his exceptionibus reo statuere potest, quo lapso non audiendus, *Cap. pastoralis* 4. *Extr. h. t.* Wesenb. *complem. ad Sneidvin. Inst. h. t. n.* 9. Zang. *P.* 2. *C. ult. n.* 21. *et seq.* (statuens hunc terminum peremptorium esse, licet non exprimatur, per *Cap. consuluit,* 24 *de off. jud. deleg.* (vid. tamen Jo. Pels. *Process. tit.* 35. *n.* 8. *et seq.* Jac. Schult. *Obs. forens.* 8. *n.* 3. tametsi non defuerint qui id Ecclesiastico judici non autem sæculari licere voluerunt, ref. Moller. *ad Nov. Sax.* 3. *P.* 1. *n.* 10. Quem assignari tutius est, si non statuto loci certus terminus præfixus, vid. Menoch. *C.* 240. *n.* 9. *et seqq.* Sicuti apud nos ex *Nov. Elect. Augusti* 3. *P.* 1. omnes exceptiones declinatoriæ vel dilatoriæ, et quæcunque litem contestatam præcedunt, in primo termino una proponendæ, iisque subjungenda conditionalis litis contestatio in eventum, si contra exceptiones pronunciabitur. Quæ tamen, si declinatoria valde dubia (id est ancipitis vel juris vel probationis, Moller. *ibid. n.* 4.) omitti potest. Quod si eo termino non oppositæ, judicis arbitrio relinquit Moller. *ibid. n.* 8. num sequenti termino, refusis tamen actori expensis, admittere reum velit, an iis rejectis, litis contestationem mandare. Atqui prius illud non licere ipsa constitutio arguit. Qui enim inducetur judicis arbitrium contra legem expressam? Immo, si termino a judice præfixo lapso reus non audiendus *d. C.* 4. *Extr. h. t.* et ibi DD. *com.* Zang. *d. Cap. ult. n.* 21. minus si a lege cum et alias ad tempus concessum, post id prohiberi plurimis exemplis constet, Tiraq. *in L.* 8. *C. de revoc. don. revertatur n.* 332. Quomodo et vulgo fortior exclusio termini legalis, contra quam nulla reparatio detur, post alios Blarer. *in L. diffamari Cap.* 6. *n.* 48. Et ita sæpe obtinuisse refert Jacob. Schult. *Obs. forens.* 11. alio modo firmans, quem post hæc scripta legi. Quid quod idem *Obs.* 12. termino hoc legali excludi eas quoque exceptiones quas objiciens tunc nescivit sibi competere contendit. Quod durum tamen perquam et inhumanum videtur. Sic et *ex Ord. Cam. parte* 3. *t.* 24. mox post oblatum libellum omnes exceptiones exhibendæ, vid. Mynsing. 5. *Obs.* 90. *et not. Cap. præced. N.* 7. Itaque expedit, cum magnam alias vim esse harum exceptionum ad litem protelandam usu pessimo compertum sit, ut ait Menoch. *d. Cap.* 240. *n.* 1. add. Moll. *ad d. N.* 3. *n.* 8. *et* 9. Ventura de Valentiis *Parthenii Litigiosi Lib.* 1. *Cap.* 15. *n.* 9. *et* 10. Etsi autem ubi diversis temporibus opponuntur, certo ordine et gradatim, ut dicunt, opponendæ, nempe primo omnium declinatoria judicis non sui, postea recusatio suspecti, demum aliæ, ex. gr. procuratoriæ, ut supra; ubi tamen simul proponuntur, ordo præposterus et inversus non vitiat libellum etc. post Bart. Sich. ad *L.* 19. *C. de prob. n.* 10. et Speckan. *Cent.* 2. *Class.* 4. *Q.* 3. *n.* 5. Ubi tamen monet consultius esse cavillationibus amputandis, ut et tunc ordo juris servetur. Cujusmodi formulam ex Mausero inserit ibidem. Ex. gr. Nego me cognitionem tuam, judex, pati debere: et si deberem, suspectus tamen fores, quia actori cognatus. Quod si nec fores suspectus, libello tamen vago varioque respondere non tenerer. Et ut is esset constans, non tamen tenerer, ideo quia procuratori huic esse non licet, cum sit miles. Et ut liceret, mandatum tamen ipsi non est etc.

*ult. C. de exc.* Exempli gratia: agit miles alieno nomine, qui idoneus procurator non est. Si cum agere instituit, objicitur ei præscriptio militiæ, jure summovetur procuratoria exceptione. Sin cum primum litem contestatur, ei præscriptio opposita non est, jure actionem intentavit; nec ei postea eadem exceptio objici potest, non dico in eodem judicio, sed ne sic quidem si appellatum sit, et de ea appellatione agitur, *L. ita, C. de proc.* Est et ad idoneum procuratorem removendum procuratoria exceptio, si non satisdet dominum ratum habiturum, quibus in caussis eum satisdare oportet. Quando igitur hæc satisdatio per exceptionem exigenda est? De eo sic Ulpianus: *ratihabitionis,* inquit, *satisdatio ante litis contestationem a procuratore exigitur: cæterum, semel lite contestata, non compelletur ad cautionem,* L. Pomponius, §. *ult. D. de proc.* Idem traditum de præscriptione fori in *L. sed etsi suscepit*, in pr. *D. de jud.* Nec solum has exceptiones initio opponi; sed etiam si oppositæ sint, initio et (26) ante litem contestatam disceptari ac decidi oportet; ut qui eas opponit, statim quoque eas probare debeat, si de his sit controversia, nec exspectare dum actor prius intentionem suam probet, ut postea reus ad probationem omissæ interim dilatoriæ exceptionis veniat. Alioqui quomodo dicatur exceptio judicii, si actor hac objecta nihilominus intentionem suam in judicium non solum deducere, sed etiam ultro probare cogitur? sic enim profecto judicium non differtur, sed maxime constituitur. At enim ita scriptum est in *L. exceptionem, C.* de prob. *exceptionem dilatoriam opponi quidem initio; probari vero postquam actor monstraverit quod adseverat, oportet.* Sed mendose omnino: nec dubium est quin pro *exceptionem dilatoriam* legendum sit *exceptionem peremptoriam*, ut pluribus disserui ad *L.* (27) *præscriptionem, C. de exc.*

(26) Vera hæc tum sententia, quoad dilatorias processus quæ ex personis descendunt, quibus judicium constat, quas certas initio litis constitui oportet. Easque necesse est ante judicium aut in exordio judicii opponi, excuti, disceptari, quia jam constituto judicio, præpostere agitur de eo constituendo, *d. L. pen. C. h. t.* Cic. *in Partit.* Cujac. 9. *Ob.* 23. et 18. *Obs.* 24. Vult. *ad h. t. Inst. n.* 23. Hering. *de fidejuss. Cap.* 28. *n.* 8. *et* 9. Non autem quoad dilatorias quæ ex caussa proficiscuntur, veluti pacti temporarii, ait Cujacius *d. C.* 23. in quibus non de personis judicii, sed de facto et jure quæritur, Vult. *d. n.* 23. cum et ipsæ merita caussæ respiciant, Wes. *supplem. ad* Sueidvin. *Inst. h. t. n.* 9. Quas dilatorias solutionis ut *h. Cap. N.* 2. item intentionis, ipsius caussæ et rei petitæ DD. nuncupant, atque de his *L.* 19. *C. de probat.* exponunt, ut *N. seq.*

(27) Ubi *n.* 9. Donellus reprobat vulgarem acceptionem *d. Legis* 19. de dilatoria solutionis. Namque, ait, 1.° et hæc judicium differt quod susceptum et constitutum est 2.° Si dies stipulationi adjectus dicatur et actor instrumento prolato non adjectum probet, utique eodem tempore exceptio opponitur et disceptatur. 3.° Si is pactus ne ante annum peteret, et reus confessus de intentione actoris exceptionem opponat, utique statim probare debet *per L.* 9. *C. h. tit.* Et sequitur, atque hanc correctionem probat Zang. *de Exc. P.* 3. *C. ult. n.* 43. *ac* Monach. *Pract. P.* 5. §. 6. *Cap.* 4. *n.* 4. Sed recte DD. vulgo (dum distinguunt ut *N. præced.*) de dilatoriis rei, aut causæ *d. L.* 19. exaudiunt, Azo *in Summa C. h. t. n.* 6. Sich. *ad d. L.* 19. *n.* 5. Cujac. 9. *Obs.* 23. Vult. *ad h. t. Inst. n.* 23. *et seq.* Wesenb. *ad* Sueidvin. *Inst. h. t. n.* 9. Et ipse quoque noster *infra Lib.* 24. *C.* 2. ita accipit ut et ad *d. L.* 19. *n.* 16. belle comprobans. Nam etsi *d. L.* 10. indefinite loquatur; tamen uti ejusdem illa verba *probari oportet* hanc conditionem habent, si modo res probationem exigat ac dubia sit; non enim si ex. gr. ita opponat: Fœmina es, ideo procuratrix esse non potes, quidquam probandum; ita et istis verbis *postquam actor monstraverit quod asseverat*, inest conditio, si intentio ejus probatione egeat eaque desideretur. In declinatoriis autem nec intentio quæ per negationem dubia reddita non est, requirit, nec reus exigit probationem, sed judicium a se totum rejicit. Ast ubi ante diem pacti præmature peti reus objicit, actori intentio quod sibi debeatur prius implenda, etsi simpliciter exceperit (nec præmiserit negationem ita: Nego me debere, et si deberem pactus es mecum ne ante annum peteres.) Neque enim tunc excipiendo fatetur intentionem; (et quod exceptione tali non agnoscatur debitum firmat Sich. *ad d. L.* 19. *n.* 8.) cum verum pariter esse possit quod nec debeatur, et tamen pactum sit cum injuria peteretur. Ita noster *d. n.* 16. Ubi *n.* 17. hoc rursum declarandum, nisi reus de intentione actoris fateatur. Et recte. Nam cum nec tunc probatio ab actore requiratur, eo nec verba nec mens *d. L.* 19. pertineut. Quare eoque casu dilatoria solutionis ante litem contestatam disceptanda. Aut si penitius rem scrutamur et exactius loqui volumus, eo casu efficitur ne lis contestari aut judicium accipi postea possit, sive probaverit exceptionem reus, ut manifestum est, sive non probaverit, quia in confessum nullæ partes judicis. Ast negata aut saltem non concessa intentione actoris, etsi exceptio pacti temporarii opponatur, tamen cum judicium in personis quæ id constituunt, consistat, Vult. *supra d. lo.* merito actori prior probatio injungitur, proinde et judicium antea accipiendum. Non obstat prior Donelli objectio quod hac ratione exceptio non sit dilatoria; nam resp. dilatio judicii propria est priori generi. Neque ab ea omni dilatoriæ nomen; alias illæ quæ

Sed hoc, inquam, de prioribus generibus duobus exceptionum dilatoriarum ita jus est.

IX. Tertium genus earum quæ sunt adversus solidi petitionem, quatenus reus facere non potest, longe dissimili in caussa habetur. Non enim solum hujus generis exceptiones initio prætermissæ opponi possunt paulo post (28) contestationem litis, sed etiam

*supra C. N.* 20. non essent dilatoriæ, sed quod ad tempus noceant, *d.* §. 10. *I. h. tit.* Et hæ sane actionem differre dicuntur ibid. quia effectum ejusdem inhibent, nimirum exactionem. Ac quia actionis tempus excludunt et ita pro parte, idem merito in illis qui in peremptoriis probationis ordo, arg. *L.* 66. *de R. V. junct.* §. 33. *vers. qua ratione Inst. de act.* Sic nec 2.° ratio Donelli obstat, quia *d. L.* 19. loquitur de probatione rei, non quando actor fiducia juris sui ipse eam recipit. Ad 3.° resp. patet ex modo dictis. Enimvero quod DD. ante citati has intentionis dilatorias post litem contestatam opponi posse secure docent, id ipsique *d. L.* 19. adversum verbis *initio opponi oportet*. Quare sic habendum quod exceptiones hæ initio litis objectæ, intentione actoris impleta, denuo opponi, id est repeti ad probationem possint (eodem modo quo ex Donelli sententia peremptoriæ, ante sententiam opponi dicuntur, ut *Cap. præced. n.* 5.) Non autem ut ante litem contestatam penitus omissæ etiam postea audiantur, tametsi DD. communiter contra sentiant; vid. Asin. *praxi* §. 13. *limit.* 13. Sigis. Scaccia *Lib.* 1. *de judic. causs. civ. et C. Cap.* 101. *n.* 61. Wesenb. *supra d. n.* 9. Zang. *P.* 2. *Cap. ult. n.* 13. Sich. *ad L.* 19. *C. de prob. n.* 5. Qui hoc interesse docet, num ante litem contestatam propositæ; ubi conduplicentur induciæ, nec post diem lapsum audiatur actor, nisi refusis litis prioris expensis; an post, ubi neutrum horum, sed solum absolutio ab obvervatione judicii. Ast Scaccia *d. n.* 61. et Maranta *P.* 6. *memb.* 9. *n.* 6. ante oppositas efficere ut reus ab instantia, post litem contestatam, ut definitive absolvatur, et inducias æque hic conduplicari. Quod vix admittendum. Sed etsi talis exceptio ipsi obligationi insit, judicem, ea quoque non objecta, condemnare reum non posse nisi ita, ex. gr. ut solvat nundinis proximis; si vero non insit, opponi eam necesse tradit Scaccia *ibid.* Add. Asin. *d. C.* 2. *limit.* 17. ubi *n.* 3. exceptionem quæ cum actione nascitur, suppleri per judicem posse scribit.

(28) Vulgo DD. plures casus recepti quibus etiam dilatoriis processus ac judicii declinatoriis (nam de solutionis dilatoriis *N. præced.*) lite contestata locum dant. Quos fuse persequitur Joan. Bapt. Asin. *Praxi* §. 13. *C.* 2. Præcipui hi. 1.° Si post eam originem sumpsit, *C.* 25. *de off. deleg. l.* 2. *C. de consort. lit.* Coras. ad *L.* 12. §. 1. *de acq. poss. p.* 3. *n.* 35. Sich. ad *L.* 13. *C. de procur. n.* 5. Vult. ad *L.* 4. *C. de jurisd. n.* 15. Zang. *P.* 2. *C. ult. n.* 7. Maranta *P.* 6. *memb.* 9. *n.* 9. Asin. *d. C.* 2. *Limit.* 1. *regulæ* add. *supra Lib.* 17. *C.* 25. *n.* 8. ex facto adversarii non opponentis, Maranta *d. n.* 9. ubi tamen statim opponenda, antequam vel unus actus circa merita caussæ fiat, Asin. *ibid. sublimit.* 4. Quanquam non impediat processum ad ulteriora, nisi probatio liquida, Sich. *ad auth. si testis, C. de testibus n.* 3. Fallit hæc limitatio in privilegio fori superveniente, vid. *supra Lib.* 17. *C.* 18. *n.* 3. *N.* 2. Item ubi quid negligentiæ vel culpæ rei imputari potest, vid. Asin. *d. loc.* Denique si post conclusionem caussæ nata, Covar. *Pract. QQ. C.* 26. *n.* 2. Asin. *d. Limit.* 1. *sublimit.* 5. qui hoc ipsum in seqq. restringit. 2.° Si post ejus notitiam habere cœpit reus, *C.* 4. *Extr. h. t.* Covar. *d. C.* 26. *n.* 2. ita usu servari referens si et justa facti sit ignorantia, culpæ exsors. Asin. *d. C.* 2. *limit.* 14. et ante conclusionem caussæ opponatur, Covar. *d. n.* 2. *v. ult.* Vigel. *Meth. jur. contr. Lib.* 2. *C.* 7. *reg.* 22. *exc.* 4. *replic.* 2. Dissentire videtur Sich. ad *L.* 19. *C. de prob. n.* 9. Jurare autem hic oportet quod exceptio antea cognita non fuerit, vid. citati a Jac. Schult. *Obs. forens.* 7. *n.* 5. Junge *h. C. N.* 25. v. *Quid quod idem* 3.° Si habeat caussam continuam vel, ut vulgo, tractum ac gravamen successivum et durans, veluti exceptio loci non tuti vel suspecti, Sich. ad *d. L.* 13. *n.* 6. Myns. 2. *Obs.* 73. Gail. 1. *Obs.* 52. *n.* 3. Vult. *d. n.* 15 Asin. *d. C.* 2. *limit.* 4. Zang. *P.* 2. *C. ult. n.* 10. P. Premus. *de Securit. promiss. P.* 14. Jannin. *de Citatione reali, Lib.* 2. *C.* 5. *n.* 4. Jac. Schult. *Obs. forens.* 8. *n.* 8. 4.° Si per judicem stetit ne ante proponeretur, Vult. *d. n.* 15. Asin. *d. C.* 2. *limit.* 3. vel si is eam rejecit, ut post litem contestatam probaretur, Asin. *d. C.* 2. *lim.* 5. 5.° Si pacto vel conventione declinatoria coarctata vel alterata, vid. Guid. Papæ *Decis.* 175. *n.* 5. et ibi P. Matth. Myns. 4. *Obs.* 27. 6.° Si omissa a minore, muliere, rustico qui in integrum restituuntur; ita Sich. ad *d. L.* 13. *n.* 8. Diss. Zang. *d. C. ult. n.* 6. Distinguit Asin. *d. C.* 2. *limit.* 7. Confer *supra Cap.* 8. *N.* 10. Denique si talis sit, cui etiam post judicatum locus; quales illæ de quibus *supra C. præced. N.* 10. *et hic N. seq.* Item exceptio excommunicationis, Asin. *d. C.* 2. *limit.* 2. fuse, et quæcunque judicium vero nullum reddunt, Asin. *limit.* 8. veluti exceptio falsi procuratoris vid. *supra Lib.* 18. *Cap.* 12. *N.* 6. add. A. Fab. *C. suo h. t. defin.* 40. Bronch. 4. *Ass.* 29. Jac. Schult. *Obs. forens.* 7. *n.* 3. libelli plane inepti, Vigell. *d. reg.* 22. *except.* 11. Noah Meurer. *Processu Cameræ parte* 9. *fol.* 195. Sich. *ad L.* 19. *C. de prob. n.* 9. judicis plane incompetentis, Asin. *d. loc.* Sed hæ non proprie et veræ exceptiones, vid. not. *infra Lib.* 24. *Cap.* 2. Quidam huc excussionis quoque exceptionem referunt, tanquam ei quandoque ante conclusionem caussæ locus sit, Gail. 2. *Obs.* 27. *n.* 3. Scaccia *Lib.* 1. *de judic. causs. civ. C.* 101. *n.* 60. Rosbach. *Process. tit.* 43. *n.* 7. *et* citati ab Andr. Scheffer. *P.* 1. *Q. Pract.* 38. *n.* 2. ac a Jac. Schult. *Obs. forens.* 9. *n.* 21. inde comprobante quod hæc exceptio non dilatoria processus sed caussæ. Contra post

quandoque ante rem judicatam, ut etiam hoc ipsum tempus rei judicatæ spectandum sit, quatenus reus possit facere, *L. rei judicatæ, D. sol. mat.*

X. Quinimo, etsi judex ignorantia juris lapsus condemnaverit in solidum cum qui damnari debebat in id quod facere potest, nec condemnatus appellaverit; placet nihilominus eum in executione judicati eadem exceptione in factum aut doli mali uti posse, et vitare solidi exactionem, *L. ex diverso, §. ult. D. solut. matr.* Cur hoc potissimum receptum in hac exceptione, quam nihilominus quam cæteras dilatoriam esse constabat? factum id est (29) interpretatione veterum, suggerentibus hanc interpretationem verbis ejus juris quo hoc beneficium superioribus personis tributum est. Sic enim verba sunt, ne hæ personæ condemnentur convenianturve nisi in id quod facere possunt, ut indicatur in *d. §. pen. Inst. de act. d. L. sunt qui, D. de re jud.* Quorum verborum prius referri apparet ad tempus condemnationis; posterius, quod magis in hac re usurpatum fuisse videtur (certe hoc solo utitur Paulus in *d. L. sunt qui.*) hoc, inquam, posterius aperte ad omnem conventionem pertinet; proinde et ad judicati exsecutionem in qua reus judicati actione convenitur. Potest quidem verbum generale accipi de usitata conventione qua res ab initio in judicium vocatur. Sed quod in alia re Ulpianus scribit, hic quoque locum habet; in re dubia melius est verbis edicti servire, *L. 1. §. licet*, illic, *in re igitur, D. de exer.* sed in hoc beneficio præcipue, quod in eos collatum est quibus maxime benigne fieri oportet; *semper* autem *in dubiis benigniora præferenda sunt*, L. semper in dubiis, *D. de reg. jur.*

plurimos citatos Moller. *ad Nov. Sax.* 3. *P.* 1. *n.* 7. Confer *C. præced. N.* 10. *non longe a fine et supra h. C. n.* 27. vers. *Enimvero quod* DD.

(29) Alia ratio quia non impugnat sententiam, sed vires judicati moderatur, Maranta *p.* 6. *membr.* 9. *n.* 18. Asin. *praxi* §. 13. *Cap.* 5. *n.* 1, Valla *de reb. dub. Tr.* 16. *n.* 1. Trentac. 2. *Pract. Resol. tit. de Except. Resol.* 1. *n.* 9. Zang. *P.* 3. *Cap. ult. n.* 99. De qua pluribus *infra Lib.* 27. *Cap.* 9.

## CAP. IX.

### De replicationibus, duplicationibus, triplicationibus, quadruplicationibus.

*Actiones ita excludi per exceptiones, nisi et hæ replicationibus excludantur.* I.
*Replicationem excludi duplicatione; et hanc triplicatione, et deinceps: res illustratur exemplo.* II.
*Exceptionibus duplicationes, aliasque id genus defensiones conjungi apta methodo* III.
*Replicationes etc. nasci ex iisdem caussis quibus exceptiones, ideoque iisdem et adversus eosdem competere.* IV.
*Doli replicatio adversus exceptionem jurisjurandi non datur.* V.
*Item nec adversus exceptionem doli mali specialem.* VI. VII.
*Secus adversus generalem.* VIII.

I. Quæ de vi et potestate exceptionum hactenus dicta sunt, exceptionem scilicet esse actionis exclusionem; exceptiones defendendorum reorum caussa comparatas esse; has recte et suo tempore oppositas actionem excludere, regulam habent de hoc genere sed quæ, ut aliæ fere omnes, suam habeat exceptionem; de qua propterea hic cognoscendi locus est. Sic ergo ea vis est exceptionum, præsertim peremptoriarum, ut tueantur reum et actionem excludant, nisi exceptio quæ prima facie justa videtur, re inique noceat; quod fit interdum. Id vero cum accidit, non ideo tollitur ipso jure exceptio quæ in facti allegatione posita est: sed quia nocere eam non oportet, fit quod reliquum erat, ut constituatur actori mutua defensio et exceptio quæ rei exceptionem excludat: quæ defensio in persona actoris dicitur nostris replicatio; ut sit replicatio exceptio actori prodita (1) contraria exceptioni, ad hanc ipsam exceptionem excludendam comparata;

(1) Contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio, *L.* 22. §. 1. *de exc.* Gr. Ἀνθυπεξαίρεσις Cujac. *Par. D. eod. et* Wesenb. *n.* 3. Exceptio ex parte actoris, *L.* 2. §. 1. *h. t.* Donell. *ad L.* 3. *C. h. t. n.* 1. Hort. *et* Hortens. *ad h. t. Inst.* P. Greg. 21. *Synt.* 17. *n.* 2. Damhuder. *praxi civ. C.* 142. Asin. *Praxi* §. 16. *C.* 1. *n.* 2. Rulant. *de Commis. P.* 1. *Lib.* 16. *n.* 3. Hart. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 23. *n.* 39. Et ita exceptio significat replicationem, *L.* 7. §. 11. *de pact. L.* 4. §. 4. *de doli exc.* ut Cujac. *ad d.* §. 11. *et* Zas. *ad d.* §. 4. Contra distinguitur tamen ab exceptione, *L.* 10. *C. de excep.*

sic dicta (2) replicatio, quia per eam replicatur, id est resolvitur jus exceptionis: hæc prope ad hanc sententiam Institutionibus de replicationibus in principio.

II. Sed ne hoc quidem in replicatione perpetuum. Excludit hæc exceptionem; sed et hoc ita, nisi ipsa quæ prima facie justa est, inique noceat. Quod cum accidit, ne sic quidem replicatio ipso jure tollitur; sed hujus excludendæ caussa nova exceptio constituitur reo, quæ dicitur duplicatio, §. *rursus*. *Inst. de repl.* nomen ex numero et ordine exceptionis opponendæ. Nam qui prius exceptionem opposuerat, si, hac per replicationem exclusa, novam exceptionem adfert adversus replicationem, recte dicitur duplicare, quia exceptione bis utendo hanc (3) conduplicat. Sed et ipsa hæc duplicatio eadem conditione replicationem excludit, nisi ea propter aliquam caussam actori inique noceat. Quod et ipsum cum nonnunquam accidat, ne hæc quidem duplicatio perimitur ipso jure; sed nova defensione actori prodita excluditur: quæ ex ordine dicitur triplicatio, *d.* §. *rursus*, *Inst. de repl.* ut sit triplicatio exceptio secunda prodita actori ad excludendam duplicationem a reo oppositam. Recte triplicatio dicta, ob ordinem harum defensionum opponendarum, ea quæ duplicationem sequitur; nam quod duplum proxime sequatur non aliud est quam triplum. Quod si et hæc ipsa triplicatio iniqua videbitur, nascetur hic quoque tertia exceptio reo ad hanc triplicationem actoris excludendam; quæ, ejusdem ordinis habita ratione, dicitur quadruplicatio: ut tum sit harum defensionum contrariarum finis, cum postremæ nihil juste (4) objicitur, *L.* 2. §. *illud*, *D. de exc.* Sint autem hæc genera in hoc (5) exemplo nobis exposita. Debitor qui mutua decem debere dicebatur, cum creditore pactus est ne a se peterentur. Cum postea quereretur creditor nullam fuisse caussam debiti remittendi, obtinuit ut nova conventio inter ipsos inter-

Unde nomine exceptionis eam largo significatu venire, non item stricto. Monach. *Pract. judic. p.* 5. §. 6. *C.* 1. Rhetoribus Firmamentum, uti illis Ratio quæ Jurisconsultis Exceptio. Sic Cic. *in Partit.* Firmamentum desinit, quod ad labefactandam Rationem refertur: Qui et alibi 2. *de Invent. passim.* Infirmatiooem vocat Mercer. 2. *Ops.* 10.

(2) Myns. *ad rubr. Inst. h. t. n* 2. Asin. §. 16. *n.* 2. Sic enim Plin. *Lib.* 8. *C.* 27. replicare pro invertere, resolvere usurpat. Sed et alia significatio quæ rursum dicere, iterum explicare denotat, hic convenit, Wesenb. *supplem. ad* Sneidvin. *h. t. Inst. n.* 1. Sic Cic. pro Sylla replicare memoriam temporum. Sidon. *Lib.* 4. *Epist* 5. campos præliorum replicatione memorabiles dicit. Minus opposite Hot. *ad pr. Inst. h. t.* et Bargal. *Lib.* 4. *de dolo C.* 3. *n.* 1. quod implicatam et quasi tectam iniquitatem exceptionis replicet et patefaciat.

(3) Ita Hot. *ad pr. Inst. h. t.* Vel potius quod secundo post actionem loco proponitur judicio. Ita enim certe quadruplicatio non est quarta defensio rei, sed tertia. Replicationum vero olim formula propria AUT SI, Hot. *in* §. 1. *Inst. h. t.* P. Fab. *ad L.* 154. *de R. J.* Briss. *Lib.* 5. *Formul. p.* 456. Et quia adstruendæ actionis gratia adjectæ, affirmative concipi, aut ita explicari debebant ut in affirmativas resolverentur; ut Petr. Fab. *ibid. per d. L.* 154. *L.* 48. *de Procur. L. ult.* §. 2. *ad SC. Vellej. L.* 7. §. 1. et 2. *C. de Cur. furiosi.* Duplicationis quoque ad exceptionis, triplicationes ad replicationis modum concipi et enunciari solitæ. P. Fab. *d. loc.*

(4) §. 3. *I. h. t.* Quod Hot. *ad h. t. Inst. Enunc.* 7. locum habere vult quoties allegationes facti sunt. Aliud esse si in jure consistant. Plane Ordinatione Cameræ in dilatoriis duplicatione, in peremptoriis triplicatione ulterior defensio non auditur, parte 3. *Tit.* 26. §. *Uvo. aber.* et *Tit.* 29. *in fi.* Reinhart. *inter diff. juris civ.* et *Sax.* Zobel. 19. *P.* 1. *n.* 14. Monach. *Praxi p.* 5. §. 7. *n.* 4. Coler. *ad rub. extr. de exc. n.* 6. (qui hoc tamen non præcise servari testatur). Cui fere accedit *Nov. Elect. Sax. C.* 1. *C.* 9. *et C.* 18. vigore cujus ante litem contestatam tribus post eam duabus alternis vicibus allegationes suas litigantes proponere debent. Sed longe alia hodie quam vel veteri vel Justinianeo jure Romano observatio ordinque judicii. Nec negociorum ea esset qualitas, ut quintuplicatio vel sextuplicatio locum haberet, ideo minus proponi posset. Nihilque crebrius est usu fori quam universas defensiones rei in ipsa prima responsione, quæ Exceptio usurpatur, opponi, atque in Replicis, Duplicis, Triplicisque quæ dicuntur, priora repeti, novis rationibus firmari, confirmationes confutationesque adversæ partis elidi ac everti etc. Quin imo nunquam postrema vice ac in conclusione *im Schlussak*, sive ea triplica sit sive quadruplica, quidquam novi antea non deductum proferri debet, ac si proferatur, id judici insuper habendum Moll. *ad d. Nov. Sax.* 18. *n.* 4. Unde liquet plane diversas esse triplicas illas nostri fori et conclusiones a triplicationibus et postremis, sive rei defensionibus, sive actoris oppositis allegationibus de quibus hic, in quibus semper novi quid proponi necesse est, quod priorem allegationem, ne inique noceat, repellat; etsi DD. nostri hæc passim confundant, quos et sequuntur Treutler. *disp.* 26. *Th. ult. in fi. vol.* 2. Illic Ummius *disp.* 8. *n.* 73.

(5) Apposite. Simile exemplum ex speculatore adducit Asin. *Praxi* §. 16. *C.* 1. *n.* 4. Aliter Coler. *ad rub. Extr. de exc. n.* 4.

poneretur, qua placeret rursum ei petere liceret; sed ita, ut pactum hoc posterius diceretur dolo malo ejus expressum aut extortum metu. Verum cum de hoc dolo aut metu postea inter eosdem istos controversia incidisset, negaretque actor quidquam hic a se dolo aut vi factum, tandem is deferente reo juravit nihil se dolo aut metu in ea re fecisse. Sed et de hoc jurejurando postea inter eosdem controversia incidit; quod cum negaret reus a se delatum, tandem et actori visum est rem jurejurando rei committere: quo delato, juravit reus nunquam se actori jusjurandum prius detulisse. Licet in hac caussa, si res in judicium veniat, superiores omnes species defensionum ex justis caussis constitutas agnoscere hoc modo: Actor decem mutua petit. Reus exceptione pacti conventi se tuetur ut dicat: recte peteres, nisi inter me et te convenisset ne a me peteretur. Habes exceptionem primam a reo actioni oppositam. Hic referet actor ex adverso: recte hac exceptione utereris, nisi inter nos postea convenisset ut mihi petere liceret; quod cum convenerit, nempe posterius pactum potius servandum est. Habes posterioris pacti replicationem qua prioris exceptio eliditur. Regeret hic contra reus: ista replicatione tibi uti licuit; at ita, nisi dolo malo tuo inductus aut vi coactus essem ut ita paciscerer: quod cum factum sit, tibi hoc pactum prodesse, aut mihi nocere non potest. Agnoscis duplicationem doli mali aut metus caussa adversus actoris replicationem. Quid hic actor? opponet nimirum huic defensioni jusjurandum postea secutum, ac dicet: ista duplicatione uti in hac re non potes; quoniam, cum de hoc dolo aut metu incidisset quandoque inter nos controversia, meministi me te deferente jurasse nihil a me dolo aut metu factum esse. Hæc jam ab actore triplicatio est quæ, nisi aliud objicitur, duplicationem rei superiorem excludet. At etiam huic triplicationi occurret ad extremum reus, ac dicet huic jurijurando stari non debere; se enim postea deferente actore jurasse prius illud jusjurandum a se delatum non fuisse. In quo jam licet agnoscere quadruplicationem de qua diximus, et in qua defensio consistet, si nihil est quod adversus eam dicatur amplius.

III. Quæ cum ita sint, quam recte vel potius quam necessario de his defensionibus conjunctim cum exceptionibus dicatur apparet. Nam primum in his defensionibus continetur sive exceptio, sive interpretatio ejus regulæ quæ in exceptionibus de vi et potestate earum tradita est. Semper autem exceptionem et interpretationem regulæ cum ipsa regula conjunctam esse oportet, ut intelligatur quam vera sit et quam longe pateat aut non pateat regula. Tum autem hæ defensiones omnes, replicatio, duplicatio, et sequentes nihil aliud sunt quam (6) species exceptionum, ut plane suo generi subjici debuerint, *L.* 2. §. 1. *D. de exc.* Personis tantum et ordine distant inter se, ac primum quidem ab iis quæ proprie dicuntur exceptiones; quam ob caussam etiam ut a prioribus illis discerni possent, propriis nominibus notatæ sunt. Cæterum, ut dixi, ne hæ quidem, etsi aliis nominibus specialiter appellatæ, quidquam aliud sunt quam exceptiones. Nec quem moverit definitio exceptionis, quia ita definitur ut sit actionis exclusio, *L.* 2. in pr. *D. de exc.* Nam et defensiones hæ vi ipsa hujus generis sunt (7) exclusiones. Replicatio excludit exceptionem. At hæc ipsa exceptio in reo actio est; si quidem agere is videtur qui exceptione utitur, et reus in exceptione actor est, *L.* 1. *D. de excep. L. in exceptionibus, D. de prob.* Et quod dicitur exceptio, fit ex comparatione ejus quod præcedit, cum scilicet refertur ad actionem cui opponitur. Quod si, mutato ordine, conferatur cum replicatione quæ sequitur, incipit ipsa quæ repellitur actionis vim obtinere, replicatio quæ repellit, exceptionis. Idemque licet in cæteris sequentibus defensionibus intelligere, ut cui præcedenti sequentes opponuntur, ea sit quædam velut actio; ipsæ quæ opponuntur, exceptiones sint ejus intentionis et velut actionis excludendæ caussa.

IV. Quæritur jam quando hæ defensiones posteriores, quibus, et adversus quos competant; nam quod ad earum usum attinet, cum

(6) Vid. *supra h. C. N.* 1. *et infra N.* 8. Siculi autem actio necesse est exceptionem præcedat, ita et replicationem non prius competere, quam exceptione objecta, notat Asin. §. 16. Nec probanda prius quam probata fuerit exceptio rei ibid. *C.* 8. ubi *n.* 3. posse tamen, si velit actor, eam ante probari. Enimvero usu fori hodierno hæc fere aliter observantur. Plerumque enim articulis probatoriis, quicquid ad juvandam intentionem suam facit, actor complectitur. Parique modo reus in reprobatoriis articulis utitur. Nec publicatis ex parte rei attestationibus ad alium probationem novæ allegationis in facto consistentis et antea non propositæ, actoris aditus panditur.

(7) Ita et Bargal. *Lib.* 4. *de dolo C.* 3. *n.* 1. Asin. *praxi* §. 19. *C.* 4. qui et *C.* 9. *n.* 4. validius se replicationem ad exceptionem quam hanc ad actionem habere scribit.

exceptiones sint, quis sit earum usus, et quando objiciendæ sint, ex his quæ de exceptionum usu supra diximus, satis intelligitur; hic enim usus omnium est communis. De reliquis dubitari ideo potest, quia videri possunt hæ aliæ atque aliæ esse exceptiones. Sed ne hic laboremus, sciamus omnes has inferiores defensiones ex iisdem caussis cuique nasci ex quibus primum reo nascuntur eæ quæ proprie vocantur exceptiones; ut consequens sit quibus, et adversus quos eæ caussæ sunt, his et adversus hos eas defensiones competere. De quibus cum dixerimus in exceptionibus, eadem et de sequentibus his defensionibus (8) dicta esse, mutatis tantum personis et defensionum ordine, intelligendum est. Nunc ne istas defensiones ex iisdem caussis nasci dubitemus, paucarum caussarum exemplis utemur, idem intellectum de cæteris; neque enim necesse est omnes caussas persequi. Inter cæteras exceptiones has esse diximus, pacti conventi, rei judicatæ, doli mali, ex his caussis natas reo, si pactus sit ne a se peteretur, si conventus judicio absolutus sit, dolo deceptus quid promiserit. Propone actori easdem caussas esse ad recte petendum et consistendum adversus exceptionem a reo oppositam, habebis ex iisdem caussis replicationem qua ab actore exceptio excludatur. Ut puta, pactus est reus ne a se peteretur; deinde convenit ut petere liceret. Si reus conventus utetur exceptione pacti conventi, etiam actori contra erit parti posterioris replicatio qua prioris exceptio elidetur, *L. si unus*, (9) §. *pactus, D. de pact. Inst. de exc.* in pr. Item possessor, re bona fide a non domino empta, judicio a domino conventus absolutus est; deinde possessionem amisit quæ ab eodem domino occupata est. Si proponeremus rem ab eodem possessore adhuc teneri, et idem dominus iterum de eadem re ageret, daremus reo ex caussa superiore exceptionem rei judicatæ. Nunc cum, possessione amissa, eam rem a domino vindicat Publiciana actione, si removeatur dominii exceptione, adversus hanc exceptionem tan-

(8) Quare ut excipiens, non utique confitetur intentionem acturi, *L. 9. de Exc.* ita nec replicans exceptionem, Asin. *d.* §. 16. *C.* 17. Et contra quos exceptio doli non datur, contra eosdem nec replicatio doli, sed in factum, Bargal. 4. *de dolo C.* 3. *n.* 10. *et seq.* Hinc et diversis replicationibus uti licet, arg. eor. quæ *supra Cap.* 8. *N.* 1. Asin. *praxi* §. 13. *C.* 18. Hart. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 23. *n.* 39. Ut et replicando diversa et aliena a libello proponi queant. H. Pist. *ibid. n.* 40. Ubi annotat Sim. Ulr. Pist. exemplum, in *L. 19. C. de trans.* haberi, ubi replicatio doli de substractis instrumentis objecta exceptioni pacti, a natura actionis institutæ aliena est. Pinguius itaque dictum est a nostris replicationem prorsus sequi naturam actionis, Asin. *d.* §. 16. *Cap.* 7. Zas. *ad L. 2. de Exc. n.* 21. Ex quo principio regulam extruunt: Ex qua caussa actio temporalis, ex eadem quoque replicatio, etsi exceptio sit perpetua, ut *supra Cap.* 2. *n.* 24. Zas. *d. n.* 21. Asin. *d. C.* 7. Bargal. *Lib.* 6. *de dolo reg.* 10. *n.* 12. Goth. *ad L. 2. de except.* H. Pist. *d. Quæst.* 23. *n.* 40. Et ita replicationem doli temporalem esse probant per *L. 30. §. ult. de pecul.* Ast cum hanc ipsam perpetuam esse firmissime probet *L. 6. C. de except.* contra rectius docent Donell. *ad d. L.* 6. et Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 19. *P.* 2. *n.* 41. Nam et eidem plane rationi quæ *supra d. Cap.* 2. *n.* 24. in replicatione locus, ut Donellus d. loc. ostendit. Et *d. §. ult.* de replicatione doli inepte accipitur, Cujac. *ad L. si plures* 17. *de dolo in fin.* Quare verissimum est, quod ibid. Cujacius replicationem doli perpetuam esse, quæ perpetuæ actioni auxilio est. Nam cum actio principalis temporalis est, replicationem ulterius non superesse lapso tempore satis per se apparet. Quo sensu accepta (Et sane sic videtur Bargal. *Lib.* 4. *de dolo C.* 3. *n.* 9. *et* 10.) vulgaris doctrina DD. sustineri posset, nisi alio modo ipsos accipere ex allegatis eorum appareret, et nisi ita foret nugatoria. Qui enim tempore lapso exclusus actione proponet replicationem? Plane quod Pinellus tradit in *L. 2. C. de resc. vend. pag.* 3. *Cap.* 3. *n.* 24. venditorem vindicantem fundum, exceptionem rei venditæ replicatione læsionis immodicæ non recte submovere, verissimum puto (Etsi hinc se Simon. Ulr. Pist. *d. loc.* expedire non potuit.) Non tantum quia replicatio hæc contraria libello, qua ipsam intentionem suam actor convellit; sed et quia termini ac limites actionum in rem et in personam non confundendi. Et quia replicatio non efficit unquam novam rei intentionem, sed pristinam adjuvat, *pr.* et §. 2. *Inst. h. t.* et ne exceptione elidatur, munit, *L. 10. C. de except.* Faciunt quæ Asin. §. 16. *Cap.* 3. Et *in d. L. 19. C. de trans.* replicatio continet diversa sane a materia libelli et actionis, non autem a fine et petitione.

(9) *L. 47. pr. eod.* ut recte ibid. Hot. (Etsi Cujacius velit ibi contractum suæ formæ redditum vim suam exercere, nullis replicationibus oppositis) *L. 55. eod.* Exceptio tamen pacti fidejussori conventione principalis in rem concepta quæsita posteriore ejusdem pacto non adimitur *d. L. ult.* Nec dissensit Paulus *in L. 27. §. 2. de pact.* ceu volunt Hot. et Ant. Fab. *ibid.* cum non simpliciter dicat Paulus, sed *eadem ratione* quando scilicet pacto suo nocere fidejussori reus potest, vid. Charond. 2. *verisim.* 8. *in fin.* Aliter Cujac. *in d. §. 2.* Pac. 4. *enant. Quæst.* 98. Bronch. 4. *Ass.* 59. Vall. Franc. *de fidejuss. Cap.* 6. *n.* 93. *et seq.*

quam adversus actionem dominii, ei eandem replicationem rei judicatæ dabimus, *L. si quis rem, D. de exc. rei jud.* Eadem caussa est doli mali in replicatione. Reus dolo deceptus si conveniatur, doli exceptionem habet. Et actor pactus ne peteret, cum in eo deceptus esset a reo, si agens removeatur exceptione pacti, habebit doli replicationem qua se adversus pacti fraudulenti exceptionem tueatur: exemplum habes appositum in *L. tres fratres, D. de pact.* Etiam hujus replicationis hoc exemplum est. Qui rem alienam vendidit et tradidit, postea domino rei successit. Dominio rei quæsito, si eam rem tanquam jam suam incipiat vindicare, diximus suo loco eum doli mali exceptione ab emptore summoveri posse, *L. vindicantem, D. de evict.* Fingamus emptorem excidisse possessione rei, et eam ad venditorem rediisse. Licet emptori, ut bonæ fidei possessori, rem vindicare a venditore Publiciana actione; qui si tuebitur se exceptione, *si non res sua sit*, emptor adversus exceptionem doli replicatione utetur, eadem ex caussa videlicet qua se, si possideret, adversus agentem tueretur. Eademque emptori actio, et adversus exceptionem replicatio est adversus eum cui prior venditor rem tradidisset: hoc in (10) *L. 4. §. si a Titio, 28. D. de dol. exc.*

V. Non tamen adversus omnem exceptionem datur quævis replicatio, quanvis ex supra scriptis caussis. Duæ sunt exceptiones adversus quas doli replicatio non datur; exceptio jurisjurandi et exceptio doli mali. De priore ita scriptum est in *L. adversus, D. de exc.* adversus exceptionem jurisjurandi replicatio doli mali non debet dari, cum prætor id agere debeat ne de jurejurando cujusquam quæratur. Finge reum, cum sciret se debere, delato jurejurando, scientem prudentem dolo malo jurasse nihil a se deberi; postea compertum ex non dubiis instrumentis perjurium. Si creditor petere instituat id de quo juratum est, sic placet eum exceptione jurisjurandi summoveri ut, quanvis dolo malo pejeratum dicat eaque doli et perjurii manifesti replicatione utatur, non tamen audiatur adversus jurisjurandi exceptionem, *L. quod si deferente, D. de dolo.* Proprium hoc est jurisjurandi, ut qua de re deferente adversario juratum est, debeat omnimodo id jusjurandum inter consentientes servari, et quod idem valet, non possit retractari jusjurandum, eoque tantum hoc quæri debeat an juratum sit. *L. 5.* in pr. et *§. dato, D. de jurej. L. 1. C. de reb. cred. L. post rem, D. de re jud.* Hoc ideo quia per jusjurandum transactum videtur, *d. L. quod si deferente, de dolo, L. admonendi,* in fin. *D. de jurej.* ut proinde alibi recte dicatur jusjurandum servandum propter conventionem et religionem, *L. sed etsi servus, D. de jurej.* Excipiemus hoc loco eos casus quibus placet jusjurandum retractari posse; puta si ea lege delatum sit jusjurandum ut, si pejeratum esse postea constaret, non obstaret jusjurandum, de quo in *L. 1. C. de reb. cred.* aut si de legato agatur, quod quis deferente herede juraverit sibi testamento quod forte tum non apparebat, relictum esse; quod jusjurandum vetat Justinianus servari, si prolato postea testamento constiterit nihil tale testamento contineri, *L. ult. C. de reb. cred.* Post quam constitutionem recte heres legatum indebitum per errorem solutum condicet; cui si objicietur exceptio jurisjurandi, defendetur replicatione doli mali, ne ei jusjurandum in hac specie noceat.

VI. De exceptione doli ita scriptum in *L. 3. §.* (11) *Marcellus, 13. D.* de dol. mal. exc. ***Marcellus ait adversus doli exceptionem non dari replicationem doli. Labeo quoque, in eadem opinione est; ait enim iniquum esse communem malitiam petitori quidem præmio esse, ei vero cum quo ageretur pœnæ esse; cum longe æquius sit, ex eo quod perfide gestum est actorem nihil consequi.*** Ratio sumpta ex regula juris qua constituitur in pari caussa potiorem esse caussam possessoris et ejus cum quo agitur, *L. in pari, D. de reg. jur.* Sic autem fit in hac specie ut sit rei caussa potior, si adversus exceptionem doli qua utitur, non detur actori mutui doli replicatio; quoniam hac illi concessa ut removeretur exceptio doli, ita hac summota procederet ejus intentio. Quæruntur ab Accursio ad *d. §. Marcellus* hujus sententiæ exempla idonea, ex quibusdam locis quos

(10) *L. 28. de nox. act. L. 8. §. 7. Quib. mod. pign. solv. L. 19. C. de transact. L. 18. C. ad SC. Vellej.* Bargal. *Lib. 4. de dolo Cap. 3. n. 9.*

(11) *L. 154. pr. de R. J. ubi item ratio.* Nam qua caussa qui dolum ipse admisit, de dolo non agit *L. si duo 36. de dolo,* quia mutua sit doli compensatio, *L. ult. §. pen. de eo per quem fact. erit,* eadem nec replicat, sed exceptio doli possessori, cujus in pari caussa potior conditio, prodest, vid. P. Fab. *ad d. L. 154.* Zas. *ad d. §. 13.* Hæc ratio ubi deficit, replicationi immo doli locus est. Qua de re perplexe et impedite DD. nostri. Eos componere nituntur Asin. *Praxi judic. §. 16. Cap. 12.* et Cels. Bargal. *Lib. 4. de dolo Cap. 3. n. 22. et seqq.* quos adi.

illic citat. sic commode fingi possunt. Unum hujusmodi ex *L. domum, D. de contr. empt.* Vendidit quis domum exustam totam vel ex parte, quam uterque emptor et venditor ita exustam esse sciebat. Cum forte venditor pretium stipulatus esset, (quod ideo fingimus ut hic locus esse possit exceptioni, ex *L. dolo, C. de inut. stip.*) cœpit id pretium petere ex caussa stipulationis. Procedet jure summo actio; sed doli exceptione poterit ab emptore summoveri. Dicet enim emptor: dolo facis qui petas pretium ejus rei nomine, quæ esse desierat jam tum cum vendebas, idque ita esse sciebas. Hic in promptu erit venditori dicere ex adverso: at ista exceptione tibi uti non licet; quippe qui non minus dolo versatus sis in superiore emptione quam ego, cum et tu domum exustam esse æque atque ego non ignorares. Sed scriptum est in *d. L. domum,* in fin. dolum inter utramque partem hoc casu compensandum. Quod plane nihil aliud est quam adversus exceptionem doli qua se tuetur emptor, doli replicationem venditori eidemque actori in hac specie non dari. Aliud exemplum ex *L. si procurator, D. de dol. mal. exc.* Procurator rei, pecunia accepta, damnari se passus est; qua ex sententia parta est actori adversus dominum ipsum actio judicati, *L. 4. D. de re jud.* Hac ille usus *si cum domino judicati agat, tuebitur se,* inquit Paulus, *doli mali exceptione.* Recte: actorem enim constat dolo suo consecutum esse ut vinceret, procuratore rei pecunia corrupto. Quid actor contra? nonne videtur juste adversus hanc exceptionem replicatione doli mali uti posse? Dicet enim: at tu qui ista defensione uteris, aut suscipe actionem quam intendo, aut saltem redde pecuniam quam procuratori tuo dedi, si eam habes; si non accepisti, cede mihi actionem tuam ad eam pecuniam repetendam quam tu a procuratore tuo judicio mandati consequi potes, utpote per caussam mandati illi quæsitam. Quod si utrumque retinere vis, et quod peto et pecuniam a me datam, dolo facis; sic enim locupletior fieri postulas cum jactura mea, quod quia fit contra naturalem æquitatem, *L. nam hoc natura, D. de condict. indeb.* ideo a te dolo fieri intelligitur, *L. 1. D. de dol. mal. exceptione.* Ex quo est replicatio doli mali. Nam et hac de caussa adversus actorem qui idem adversus reum postulet, placet reo esse doli mali exceptionem, *L. 4. §. si quis pupillo, 4. L. si debitor D. de dol. mal. exc.* Quid ergo Paulus in hac specie in *d. L. si procurator?* Negat audiendum actorem exceptione doli summotum: nam turpiter acceptam pecuniam justius apud eum esse qui deceptus est, quam qui decepit. In quo apparet eum hoc ipsum dicere quod posuimus, adversus exceptionem doli in hac specie non dari doli replicationem.

VII. Sed diligenter notandum est quod dicitur adversus exceptionem doli replicationem doli non dari, de doli exceptione speciali intelligendum esse; ubi scilicet actor qui exceptione doli summotus, in eo gerendo in quo summovetur, dolo malo versatus est. Et certe Ulpianus, aut si malumus, Labeo in *d. L. 4. §. Marcellus* loquitur de communi malitia petitoris et rei, item de eo quod perfide ab initio gestum est.

VIII. Quod si actor qui nihil dolo malo in re gerenda fecerit, quia forte alia exceptione removeri poterat, ideo doli mali exceptione (12) generali quæ cum specialibus concurrit a reo summoveatur; nihil prohibet quominus adversus hanc recte utatur doli mali replicatione adversus reum qui solus dolo quid fecerit. Quo pertinet exemplum Macedoniani exceptionis, de quo postea Ulpianus subjicit in *d. L. 4. §. Marcellus,* de dol. mal. exc. *Contra senatusconsulti,* inquit, *Macedoniani exceptionem de dolo replicationem dandam ambigendum non esse; eamque nocere debere etiam constitutionibus et sententiis auctorum cavetur.* Propone hoc modo. Creditor filiofamilias pecuniam credidit deceptus ab eo, quod is mentiretur se esse patremfamilias, nec haberet creditor cur contra suspicaretur. In quo apparet et dolo carere eum, et si quis hic dolus admissus est, totum in filiofamilias hærere. Is ergo creditor pecuniam repetit. Removetur a filiofamilias exceptione Macedoniani: fingamus removeri exceptione doli mali. Etiam hac filiusfamilias uti potuit, dum generalem doli exceptionem intelligamus, quæ ex omnibus in factum exceptionibus oriri et cum his concurrere dicitur. *L. 2. §. et generaliter, D. de dol. mal. exc.* Sed utra ex his usus fuerit filiusfamilias qui actorem decepit, dicturus actori decepto adversus etiam doli exceptionem profuturam replicationem doli mali.

(12) Ita et post Bart. *ad d. L. 4. §. 13.* Bargal. *d. Cap.* 3. *n.* 3. *et n.* 13. Ast verius puto his casibus exceptionem doli (ne quidem generalem) ipso jure non competere. Neque enim semper cum aliis exceptionibus concurrit, sed tunc quando dolus petenti objicii potest; vid. *supra d. C.* 6. *N.* 8.

ut dicat: recte ista exceptione uteréris nisi ego dolo carerem, tu autem in pecunia danda me decepisses, mentitus te esse patremfamilias cum non esses. Sed nihil hic proprium exceptionis senatusconsulti Macedoniani: ad omnes alias exceptiones pertinet natas ex ea caussa in qua actor a reo se deceptum possit dicere. Exemplo sit pactum conventum quo actor ab adversario deceptus caverit nihil se amplius petiturum, quale proponitur in *L. tres fratres, D. de pact.* Illic respondetur, si actori amplius petenti objiciatur exceptio pacti conventi, de dolo utiliter replicari posse. Atqui traditur in *L.* 2. §. *item quæritur,* 4. *D. de dol. mal. exc.* eum qui pacti conventi exceptionem habeat, nihilominus doli exceptione uti posse. Finge ergo reum hac potius usum esse. Nempe adversus hanc etiam eandem istam doli replicationem dabimus. Hoc ideo, quia superior exceptio doli non est illa specialis quæ datur adversus eum qui dolo malo in re gerenda versatus est; sed generalis, opposita ei actori qui nihil dolo malo facit; ut proinde iniquissimum sit nocere ei doli exceptionem, qui deceptus sit, non qui deceperit. Atque hæc de exceptionibus et omnis generis defensionibus hactenus.

FINIS.

# ELENCHUS CAPITUM,

## QUÆ IN HIS LIBRIS PERTRACTANTUR.

### IN LIB. XVIII.



### IN LIB. XIX.

## IN LIB. XX.



## IN LIB. XXI.

## IN LIB. XXII.